J. rom. c.
281b

J. rom. C
281 b

Rubs

2l/h

# Versuch
einer
Erklärung der Fragmente
# lex II, III, IV, LXXXV Dig.
de
verborum obligationibus
(45, 1).

---

Ueber die
## Theilbarkeit und Untheilbarkeit
der
Obligationen
nach
den Grundsätzen des römischen Rechts

von
D^r. Julius Rubo.

---

Berlin, 1822.
Bei Ferdinand Dümmler.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Vorrede.

Indem ich dem Publicum diese Bogen übergebe, in welchen ich mich bemüht habe, einige Fragmente aus dem Pandectentitel de verborum obligationibus, in Bezug auf die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen, zu erläutern, bemerke ich nur, daß auch mir manche in diesen Texten enthaltene Schwierigkeit nicht entgangen ist. Fern von dem stolzen Gedanken, als ob diese Abhandlung fehlerfrei und vollkommen sei, fühle ich vielmehr, daß ich mit dersel-

ben, wie auch schon der Titel anzeigt, nur einen Versuch habe machen wollen; und mit Dank werde ich daher jede gut gemeinte Erinnerung und jeden belehrenden Tadel annehmen.

Berlin, im März 1822.

J. R.

# Inhaltsanzeige.

## Erster Abschnitt.

### Einleitung.

Thema dieser Abhandlung. §. 1.

Begriff der Eintheilung der Obligationen in theilbare und untheilbare. §. 2.

Obligationen bestehen entweder in einem Geben oder in einem Handeln. §. 3.

## Zweiter Abschnitt.

### Von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit derjenigen Obligationen, welche stricti iuris sind, und in welchen nur Ein Creditor und Ein Debitor einander gegenüber stehen.

Vorwort. §. 4.

1) Eine Obligation ist untheilbar, weil die eigenthümliche Beschaffenheit des Objects keine Theilung zuläßt. §. 5.

2) Das Object einer obligatio stricti iuris läßt zwar seiner natürlichen Beschaffenheit nach Theilung zu, die Obligation ist aber dennoch ihrer Form wegen untheilbar. §. 6.

3) Eine Obligation ist theilbar, weil das Object seiner Natur nach Theilung zuläßt, und die Form der Obligation dieser nicht entgegen ist.

a) Die Obligation ist certa. §. 7.

b) Die Obligation ist incerta, aber die condictio aus ihr ist dennoch certi. §. 8.

Von dem Interesse und der Erlassung eines Theils einer Foderung. §. 9.

Schlußbemerkung. §. 10.

## Dritter Abschnitt.

### Von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit derjenigen obligationes stricti iuris, bei welchen auf beiden Seiten oder auch nur auf einer derselben mehrere Personen vorhanden sind.

Vorerinnerung. §. 11.

1) Obligationes stricti iuris, die gänzlich, d. h. sowohl hinsichtlich mehrerer Creditoren, als auch mehrerer Debitoren, theilbar sind. §. 12.

2) Obligationes stricti iuris, welche Theilung unter mehrere Creditoren, nicht aber unter mehrere Debitoren zulassen. §. 13.

3) Von den gänzlich, d. h. sowohl hinsichtlich mehrerer Creditoren, als auch mehrerer Debitoren, untheilbaren obligationes stricti iuris. §. 14.

4) Eine obligatio stricti iuris ist der Art, daß zwar die Klage stets auf ein Ganzes gerichtet werden kann, die Leistung dieses aber sowohl den mehreren Creditoren, als von den mehreren Debitoren nur pro rata geschieht. §. 15.

Von mehreren Bürgen §. 16.

## Vierter Abschnitt.

### Anhang.

Ueber die Theilbarkeit und Untheilbarkeit derjenigen Obligationen, welche nicht stricti iuris sind. §. 17.

# Druckfehler.

Seite 3 Zeile 20 st. fideijussoribus l. fideiussoribus.
— 10 Z. 14 st. mehreren l. mehrere.
— 25 Not. * Z. 5 st. §. 7. l. §. 8.
— 29 Not. * st. §. 5. l. §. 6.
— 32 Z. 1 st. §. 4. l. §. 5.
— 115 Z. 1 st. divivitur l. dividitur.
— ib. Not. ** st. looc l. loco.
— 116 Z. 9 st. hre l. ihre.

# Erster Abschnitt.

## Einleitung.

### §. 1.

### Thema dieser Abhandlung.

Die in dem römischen Recht enthaltene Eintheilung der Obligationen in theilbare und untheilbare ist in den neuern Zeiten von den Bearbeitern des Obligationenrechts nicht der Art herausgehoben worden, daß eine neue Bearbeitung dieses Gegenstandes unzweckmäßig scheinen dürfte. Einige Fragmente in Justinians Compilation, nähmlich l. 2. 3. 4. und 85. Dig. de verb. oblig. (45, 1.) sind diejenigen, aus welchen die Beurtheilung und Beantwortung der als Gegenstand dieser Abhandlung aufzuwerfenden Frage: welche Obligationen sind theilbar, welche nicht? hauptsächlich zu entnehmen ist.

Die Wichtigkeit dieser Frage und die anerkannte Schwierigkeit jener Fragmente ist die Veranlassung zu diesem Versuch. Die Stellen selbst lauten also:

l. 2. D. de verb. oblig. (45, 1.)

Paulus lib. 12. ad Sabinum.

Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. §. 1. Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari? §. 2. Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt,

quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via: heredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coheredibus familiae erciscundae iudicio. Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes, singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant, quia per singulos acquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis. §. 3. Si tamen hominem stipulatus, cum uno ex heredibus promissoris egero: pars duntaxat caeterorum obligationi supererit, ut et solvi potest. Idemque est, si uni ex heredibus accepto latum sit. §. 4. Idemque est in ipso promissore et fideiussoribus eius, quod diximus in heredibus. §. 5. Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero, per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire

agere liceat? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit: tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae erciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint: hoc et Iulianus et Pomponius probant. §. 6. Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte eius, qui prohibitus est: nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur: sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: sive poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio.

l. 3. eod. tit.

Ulpianus lib. 49. ad Sabinum.

Idem iuris est et in illa stipulatione, mihi heredique meo habere licere. §. 1. Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit:

nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur: quia hic non quaerimus cuius intersit: enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti, a nemine prohiberi.

l. 4. eod. tit.

Paulus lib. 12. ad Sabinum.

Eadem dicemus, et si dolum abesse a te, heredeque tuo stipulatus sim, et aut promissor, aut stipulator pluribus heredibus relictis decesserit. §. 1. Cato libro quinto decimo scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus, contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti, iter fieri: quia, quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi: tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum

poenam committere. Differentiae hanc esse rationem: quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat. Sed videamus, ne non idem hic sit: sed magis idem quod in illa stipulatione, Titium heredemque eius ratum habiturum? nam hac stipulatione et solus tenebitur qui non habuerit ratum, et solus aget a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur: quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest. §. 2. Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria, et damni infecti, et ex operis novi nuntiatione: restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest. Haec utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt. Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest.

l. 85. eod. tit.

Paulus lib. 75. ad Edictum.

In exsecutione obligationis sciendum est, quatuor causas esse: nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus; aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest; aliud, quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum, non potest; aliud, quod solidum petendum est, licet in solutione admittat sectionem. §. 1. Prima species pertinet ad promissorem pecuniae certae: nam et petitio et solutio ad portiones hereditarias spectat. §. 2. Secunda ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. §. 3. Quod si stipulatus fuero, per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam, agam: si adversus ea factum sit, tantum dari? et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat: verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri: quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor, sed

ceteri familiae erciscundae iudicio sarcient damnum. §. 4. Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest: veluti cum stipulatus sum hominem incertum: nam petitio eius scinditur, solvi vero nisi solidus non potest; alioquin in diversis hominibus recte partes solventur: quod non potuit defunctus facere, ne, quod stipulatus sum, consequar. Idem iuris est, et si quis decem millia aut hominem promiserit. §. 5. In solidum vero agi oportet, et partis solutio affert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur: sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur. §. 6. Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, poena committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere. §. 7. Quicunque sub con-

ditione obligatus curaverit, ne conditio exsisteret, nihilo minus obligetur.

## §. 2.

### Begriff der Eintheilung der Obligationen in theilbare und untheilbare.

Eine Obligation ist **theilbar**, wenn von Seiten des Creditors ein theilweises Fodern, von Seiten des Debitors ein theilweises Erfüllen möglich ist; und sie ist **untheilbar**, wenn dies nicht der Fall ist. Ein Drittes kann es nicht geben, wenn auf beiden Seiten nur Eine Person ist. Ist alsdann dem Creditor gestattet, alles dasjenige zu fodern, was der Debitor zu leisten schuldig ist, und muß dieser alles dasjenige erfüllen, worauf jener aus der Obligation ein Recht hat; so muß da, wo die Petition getheilt werden kann, auch die Solution Theilung zulassen, und umgekehrt muß, wenn eine theilweise Erfüllung möglich ist, auch das Fodern auf einen Theil gerichtet werden können. Wenn hingegen eins von beiden unzulässig ist, kann auch das andere nicht statt haben. Anders aber verhält es sich, sind bei einer Obligation **mehrere** Cre-

ditoren oder Debitoren. Hier fallen die angegebenen Regeln weg: es kann alsdann zuweilen der Debitor aus der Obligation zu mehrerem verpflichtet sein, als worauf einem einzelnen der mehreren Creditoren ein Recht zusteht; und wiederum kann zuweilen der Creditor mehr zu fodern haben, als ein einzelner der mehreren Debitoren zu leisten verbunden ist. Solche Fälle werden besonders dann eintreten, wenn ursprünglich nur Ein Creditor und Ein Debitor einander gegenüber gestanden haben, durch des einen oder andern Tod aber mehrere Erben an dessen Stelle getreten sind; und hier müssen dann hinsichtlich der Frage: sind die Obligationen unter mehreren Creditoren oder Debitoren theilbar? mehrere Fälle unterschieden werden. Werfen wir nun einen Blick auf unsere Texte zurück, so handelt Paulus in l. 2. §. 1. de verb. oblig. bloß von solchen Obligationen, wo nur Ein Creditor und Ein Debitor ist, und unterscheidet daselbst aus diesem Grunde nur zwei Fälle: theilbare und untheilbare Obligationen. Es wird in dieser Stelle auch nur von der Theilbarkeit der Solution, der Prästation geredet, und die Petition

weiter nicht beurtheilt, aus dem natürlichen Grunde, weil, wie bereits erwähnt ist, eine Obligation, bei welcher nur Ein Creditor und Ein Debitor ist, wenn sie in Hinsicht der Solution theilbar ist, es auch in Betreff der Petition sein muß; und weil bei ihr kein getheiltes Fodern zulässig ist, wenn eine getheilte Erfüllung nicht statt haben kann. In unserer l. 85. eod. tit. aber beurtheilt derselbe Jurist die Theilbarkeit und Untheilbarkeit solcher Obligationen, bei welchen mehr als Ein Creditor, oder mehr als Ein Debitor ist: er spricht von mehreren Erben des einen oder des andern. Er muß daher so wohl die Petition, als auch die Solution erwägen, und unterscheidet vier Fälle, welche er im Anfange der l. 85. cit. kurz mit folgenden Worten angiebt:

In exsecutione obligationis sciendum est, q u a t u o r causas esse: nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus; aliud, quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest; aliud, quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum, non potest; aliud, quod solidum petendum

est, licet in solutione admittat sectionem *).

Die weitere Erörterung dieser vier Fälle wird der Gegenstand des dritten Abschnitts dieser Abhandlung sein.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, wird hier noch eine Bemerkung, deren nähere Ausführung und Beweis dem Folgenden angehört, voranzuschicken sein. Wenn nähmlich der Jurist in unsern Fragmenten von der Theilbarkeit der Obligationen spricht, so entscheidet er nicht, in welchen Fällen eine Theilung, sie mag die Solution oder Petition betreffen, auch wider Willen des Creditors oder des Debitors geschehen kann. Diese rechtliche Nothwendigkeit hängt von andern Umständen und Voraussetzungen ab. Hier ist, ganz abgesehen von dem Rechte eine Thei-

---

*) Es finden sich hier verschiedene Lesearten, so auch: in solutionem admittat secutionem, in solutionem admittat partis executionem. Aber daß die Leseart in solutione admittat sectionem den Vorzug verdient, und die abweichende Lesearten auf den Sinn keinen Einfluß haben können, ergiebt sich aus dem Vordersatz, so wie aus der nähern Erläuterung dieses Falls in §. 5. und 6. derselben lex.

lung vornehmen zu können und von der Verbindlichkeit eine solche zuzulassen, bloß von der Möglichkeit einer Theilung die Rede *).

## §. 3.

**Obligationen bestehen entweder in einem Geben oder in einem Handeln.**

Bevor ich zur Hauptsache selbst, zur Erläuterung der Eintheilung der Obligationen in theilbare und untheilbare übergehe, wird es nach dem Vorbilde des Paulus rathsam, ja nothwendig sein, eine andere Eintheilung der Obligationen, und zwar in solche, welche in einem dare, und solche, die in einem facere bestehen, vorauszuschicken. Die Anfangsworte unserer l. 2. de verb. oblig. sind:

> Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.

Diese Eintheilung, welche ihren Grund in dem, was der Creditor durch die Stipulation

---

*) de Retes de dividuis et individuis obligationibus (in Meermanni thes. Tom. VII.) Cap. I. §. 3.: „dividua obligatio dicitur, non quae actu dividitur, sed quae potest dividi."

erlangen will, hat, läßt sich nicht nur auf den Verbalcontract, und zwar die Stipulation allein beziehen, sondern sie kommt nicht minder den Obligationen überhaupt zu. Auch wird sie von Paulus selbst l. 3. pr. D. de oblig. et act. (44, 7.) *) als eine allgemeine Eintheilung aller Obligationen angegeben. Dare bedeutet hier Eigenthum, oder wenigstens einen Bestandtheil desselben, ein ius in re, auf den Creditor übertragen. Oder, wie wir nach dem heutigen Sprachgebrauch sagen können, dare heißt ein dingliches Recht **) auf einen andern übertragen.

---

*) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Es sei nur beiläufig erwähnt, daß unter den Obligationen, die in praestando, im Gegensatz derer, welche in dando oder faciendo bestehen, wohl obligationes mixtae, die in dando et faciendo bestehen, zu verstehen sind: l. 13. Cod. de contrah. et committ. stip. (8, 38.) l. 82. D. de cond. et dem. (35, 1). Hugo's jurist. Encyclopädie, fünfte Aufl. §. 20.

**) Mit dem Ausdruck dingliche Rechte umfassen wir bekanntlich das dominium und die iura in re des römischen Rechts.

Daß das Erstere, nähmlich Eigenthumsübertragung durch dare bezeichnet wird, dafür haben wir die ausdrücklichsten Zeugnisse:

l. 167. pr. D. de reg. jur. (50, 17.); Paulus lib. 49. ad Edictum.

Non videntur data, quae eo tempore, quo dantur, accipientis non fiunt.

§. 14. I. de actionibus (4, 6.)

.... dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut eius fiat.

l. 75. §. 10. D. de verb. oblig. (45, 1.); Ulp. lib. 22. ad Edictum.

Haec stipulatio, fundum Tusculanum dari, ostendit se certi esse: continetque, ut dominium omni modo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

Aber auch dafür, daß dare von der Uebertragung eines ius in re gebraucht wird, reden mehrere Stellen. So wird es von der Uebertragung der Servituten gebraucht:

l. 19. D. de serv. praed. rust. (8, 3). Paulus lib. 6. ad Sabinum.

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia

nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis, sibi dari oportere, petere possunt: quia ita dari eis potest a te: ne si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat *)

Ferner findet sich auch pignus datur, wie dies aus §. 4. I. quibus modis re contrah. oblig. (3, 14.), l. 1, l. 2, l. 5, l. 11, D. de pignoribus et hypothecis (20, 1.) und mehreren andern Fragmenten desselben Titels, und des Titels Dig. de pig. act. (13, 7.) hervorgeht. Facere wird hier in dem Sinne genommen, in welchem es, dem dare entgegengesetzt, alle diejenigen Handlungen bezeichnet, welche nicht Eigenthum oder ein ius in re übertragen sollen. Obligationen bestehen daher in einem dare, wenn vermöge ihrer Eigenthum oder ein ius in re auf den Creditor übergehen soll, und in einem facere, wenn dies nicht der Fall ist.

Die-

---

*) l. 56. §. 6, l. 126. §. 1, l. 136. §. 1. D. de verb. oblig. (45, 1).

Dieselbe Eintheilung findet sich, nur in andere Worte gekleidet, in §. 7. I. de verb. oblig. (3, 15.): „Non solum res in stipulatum „deduci possunt, sed etiam facta." Hier ist res in seinem eigentlichen und engern Sinne gebraucht, wo es so viel, als res corporales, Raum einnehmende, begränzte Sachen bedeutet, und so den factis entgegengesetzt ist. Rechte aber, deren Erwerbung doch Zweck der Obligationen ist, auf körperliche Sachen bezogen, können nur Eigenthum oder iura in re sein. — Eine von dieser Ansicht abweichende ist, daß unter dare bloß Eigenthumsübertragung und nicht der Uebergang eines ius in re, und mithin unter obligationes, quae consistunt in dando nur diejenigen Obligationen, welche Eigenthum, nicht aber die ein ius in re dem Creditor verschaffen sollen, zu verstehen seien *). Gans **) sagt: „Alle „Handlungen, die gefordert werden können, bestehen „entweder in einem dare, in der Eigenthums-

*) Scipio Gentilis Tractatus de dividuis et individuis obligationibus (Opera omnia Tom. I.) Cap. 13. p. 135.; de Retes l. c. Cap. I, §. 8.

**) Röm. Obligationenrecht, (Heidelberg 1819, bei Mohr und Winter) S. 11.

„übertragung eines Gegenstandes, oder in einem „facere, in jeder andern Handlung.“ Eben so zählt er *) ausdrücklich diejenigen Obligationen, durch welche eine Servitut übertragen werden soll, zu den Obligationen in faciendo **). Allein die zur Begründung der gegebenen entgegengesetzten Ansicht angeführten Stellen und noch mehrere andere beweisen schon hinlänglich, daß der Begriff des dare nicht bloß auf Uebertragung von Eigenthum, sondern auch jedes andern dinglichen Rechts beruht. Gans ***) citirt selbst die (S. 15) angeführte l. 19. de serv. praed. rust. (8, 3). — Fragen wir aber nach dem Grunde, weshalb diejenigen Obligationen, deren Object Uebertragung einer Servitut ist, nicht zu den Obligationen, die in einem dare bestehen, gehören sollen, so findet sich folgendes Raisonnement †). Derjenige, so sagt man, welchem eine Servitut zusteht, muß etwas thun, oder derjenige, gegen welchen sie ausgeübt

*) S. 79. a. a. O.

**) S. auch die Glosse zu l. 2. §. 1. D. de verb. oblig.

***) S. 29. a. a. O.

†) Scipio Gentilis, l. c.

wird, ist etwas zu leiden oder nicht zu thun verbunden; facere wird aber nun sowohl positiv, als negativ gebraucht, es kann in einem Thun oder in einem Unterlassen bestehen: §. 7. I. de verb. oblig. (3, 15), l. 75. §. 7. D. eod. tit. (45, 1), l. 121. D. de reg. iur. (50, 17). So richtig nun diese Sätze an sich sind, so wenig begründen sie aber diejenige Behauptung, als deren Beweis sie aufgestellt werden. Die Ausübung der Servitut besteht allerdings in einem factum; allein diese Ausübung muß von der obligatio servitutis, welche das Recht zur Ausübung erst auf den Creditor übertragen soll, wohl unterschieden werden. Zu derjenigen Zeit, wo der zur Servitut Berechtigte sein Recht ausübt, muß die obligatio servitutis schon erfüllt sein.

Indem Paulus in unserer l. 2. de verb. oblig. über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen handelt, schickt er im principio zuerst die Eintheilung der Stipulationen in dando und faciendo voraus, sodann nimmt er die Obligationen ersterer Art in §. 1—4. durch, und §. 5 *)

*) Dieser Paragraph beginnt gleich mit den Worten: „Item si in facto sit stipulatio."

erst kommt er auf die stipulationes in faciendo. In dem §. 1 und 2. aber führt er schon diejenigen Obligationen an, deren Gegenstand Uebertragung einer Servitut ist, mithin rechnet er auch diese zu den Obligationen, die in einem dare bestehen. Der Sinn in l. 3. pr. D. de oblig. et act. (44, 7.) mag auch ein Beleg für die angegebene Ansicht sein. Paulus erklärt daselbst: man möge nicht glauben, daß die Obligationen bloß Uebertragung eines dinglichen Rechts zum Gegenstande haben könnten (obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat) d. h. daß die Obligationen nur in dando wären, sondern sie können auch in faciendo bestehen und gemischter Natur sein *). Bucher **) hingegen geht zu weit, wenn er, nach vorausgeschickter Eintheilung der Obligationen in solche, welche das Geben einer Sache, und in solche, die das Thun einer Handlung enthalten, zu den erstern alle diejenigen Obligationen, deren Gegenstand irgend

---

*) S. oben S. 14. Not. *.

**) Das Recht der Forderungen, §. 29.

eine Sache im eigentlichen Sinn oder eine res incorporalis ist *), rechnet. Demnach müßten auch diejenigen Obligationen, deren Inhalt Uebertragung einer schon früher bestandenen Obligation, mithin einer res incorporalis **) ist, zu denjenigen Obligationen gehören, welche in einem dare bestehen.

*) §. 30. ebendaselbst.

**) §. 2. I. de reb. corporal. et incorporal. (2, 2).

# Zweiter Abschnitt.

## Von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit derjenigen Obligationen, welche stricti iuris sind, und in welchen nur Ein Creditor und Ein Debitor einander gegenüber stehen.

### §. 4.

### Vorwort.

Mit Recht tadelt Gans *) die Aufstellung eines Systems des römischen Obligationenrechts, welches nicht auf den innersten Eigenthümlichkeiten dieses Rechts beruht, und daß jede Eintheilung der Obligationen genau mit den Klagen, in welchen jene erst ihre practische Bedeutung bekommen, zusammengestellt und nach ihnen classificirt

*) Röm. Obligationenrecht S. 4 u. folg.

werden müsse. Auch dem Zwecke dieser Abhandlung, der Erörterung der Frage: welche Obligationen sind theilbar, welche nicht? wird es sehr gemäß sein, die von Gans hervorgehobene Eintheilung der Obligationen in solche, die stricti iuris, und in solche, welche bonae fidei sind, zu Grunde zu legen. Es ist bisher von denjenigen, welche die hier zu erörternde Frage in Untersuchung gezogen haben, gänzlich übersehen worden, daß diejenigen Fragmente, welche hauptsächlich zur Entscheidung dienen, in dem Titel der Pandecten de verb. oblig. enthalten sind, und nur von der Stipulation, einer obligatio stricti iuris reden. Diese Stellen können daher nicht auf die obligationes bonae fidei bezogen werden. Wenn tief und innig in dem Geiste des römischen Rechts ein System des strengen Rechts und das der Billigkeit verwebt ist; nach jenem überhaupt nur dasjenige, was die feste Form und die strenge Natur der Sache heischt, befolgt wird, in diesem aber mehr auf die einzelnen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen ist; so müßte es in der That sehr auffallend sein, wenn man bei der hier zu erörternden Frage von der

Regel abgegangen wäre, wo der strenge Begriff der Theilbarkeit so sehr von dem, was in einzelnen Fällen billig ist, abweicht.

Die Entstehung einer jeden obligatio stricti iuris ist nach Gans *) entweder im Gesetz, oder in der Formel, oder in einem Haben ohne Grund (beim Debitor) begründet. Diesen letztern Entstehungsgrund mögte ich lieber eine grundlose Vermögensaufopferung (von Seiten des Creditors) nennen. Das Wort Haben drückt nähmlich hier, wie in den meisten Fällen, so viel, als in Eigenthum haben, aus. Kann nun aber auch ein indebite gegebenes ius in re **) und mit der condictio sine causa eine ohne Grund als Debitor eingegangene Obligation ***) condicirt werden, so findet in diesen Fällen kein Eigenthum beim Debitor, wohl aber eine grundlose Vermögensaufopferung von Seiten des Creditors statt. Auch Africanus †) giebt diesen

---

*) a. a. O. S. 9 u. folg.

**) l. 22. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6).

***) l. 1 und 3. D. de cond. sine causa (12, 7).

†) l. 23. D. de reb. cred. (12, 1).

Entstehungsgrund auf ähnliche Weise an: Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait: quasi ex re tua locupletior factus sim.

Eine jede Klage, welche aus einer obligatio stricti iuris entsteht, ist entweder eine condictio certi oder incerti *). Es wird daher nöthig sein, auch die im römischen Recht überaus beachtete, von Gans **) mit Scharfsinn ausgeführte Eintheilung der Obligationen in certae und incertae mit wenigen Worten vorangehen zu lassen. Eine Obligation ist ersterer Art, wenn die Leistung so genau angegeben ist, daß sowohl in Hinsicht des Objects selbst, als auch in

---

*) Aus jeder obligatio certa entsteht eine condictio certi; es läßt sich aber nicht genau sagen: aus jeder obligatio incerta entsteht eine condictio incerti: l. 9. pr. D. de reb. cred. (12, 1.); S. unten §. 7.

**) S. 75. a. a. O. An der daselbst aufgestellten Theorie habe ich im Ganzen nur das schon oben (S. 17 u. 18) Bemerkte auszusetzen, daß nähmlich diejenigen Obligationen, deren Gegenstand Uebertragung eines ius in re ist, zu denjenigen, welche in faciendo bestehen, gerechnet werden.

Betreff der Qualität und Quantität desselben dem Creditor kein Zweifel übrig bleibt *). Fehlt aber eins oder das andere dieser Merkmahle, so ist die Obligation incerta **). Oder, was dasselbe sagt, eine Obligation ist certa, wenn der Werth der Leistung sich angeben läßt und bei ihm nicht auf die Subjectivität des Creditors oder Debitors Rücksicht zu nehmen ist ***), widrigenfalls

---

*) Der Umstand, daß der Debitor wegen eines oder des andern der drei Merkmahle hinsichtlich der Solution in Zweifel gelassen ist, macht die Obligation nicht incerta. Daher ist die alternative Obligation incerta, wenn der Debitor die Wahl hat, nicht aber, wenn diese dem Creditor zusteht: l. 75. §. 8. D. de verb. oblig. (45, 1).

**) l. 74, l. 75. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 6. D. de reb. cred, (12, 1).

***) Wenn Gans l. c. S. 76 sagt: der Begriff des certum beruhe darauf, „daß es ein bestimmtes, „in seinem Umfange genau gekanntes, körperliches „Ding sei, daß es aber auch als solches einen allge„meinen objectiven Werth im menschlichen Verkehr habe, „ohne alle Rücksicht auf die Subjectivität des Klägers „oder Beklagten," so enthält diese Definition Wechselbegriffe; denn welches körperliche Ding hat im menschlichen Verkehr keinen objectiven Werth ohne Rücksicht auf Subjectivität des Klägers oder Beklagten? (daß nicht etwa die res extra commercium darunter

ist die Obligation incerta. — Der Grund des incertum einer Obligation kann aber doppelt

---

verstanden werden sollen, ergiebt sich aus dem ganzen Zusammenhang; und diese sind ja auch dem rechtlichen Verkehr gänzlich entzogen, so daß sie nicht einmahl ein incertum ausmachen können). Auch fühlt Gans selbst, wenn grade nicht das Unrichtige, doch das weniger Genaue seiner Definition, indem er damit fortfährt: „so ergiebt sich das, was wir unter incertum zu verstehen haben, nun von selbst; es ist gerade das Gegentheil „von certum, also alles das, was dieses nicht umfaßt, d. h. entweder ein körperliches Ding, das an sich „wohl im Verkehr ist, und einen objectiven Werth hätte, „aber ohne, daß dessen Umfang genau angegeben wurde, oder auch ein Ding, dessen Umfang zwar nicht „unbestimmt gelassen ist, das aber nicht zugleich einen „objectiven allgemeinen Werth hat, sondern sich mehr „auf die Subjectivität der Partheien selbst gründet." Nun steht der Grundsatz fest, daß, wenn von der Summe derjenigen Merkmahle, welche einen Begriff ausmachen, eins wegfällt, auch der Begriff, dessen Inhalt sie sind, nicht vorhanden ist. Wäre nun die gegebene Definition des certum ohne Fehler, so müßte auch dann ein incertum sein, wenn entweder ein bestimmtes körperliches Ding seinem Umfange nach genau angegeben ist, aber keinen objectiven Werth hätte; oder wenn ein Ding zwar seinem Umfange nach genau angegeben wäre, und einen objectiven Werth ohne Berücksichtigung der Subjectivität der Partheien hätte, aber unkörperlich wäre. Daß dies aber einen Widerspruch in sich enthält, fühlt auch Gans.

sein: entweder weil das incertum schon in dem Objecte selbst, abgesehen von der Obligation, deren Inhalt es ausmacht, begründet ist; d. h. das Object läßt sich gar nicht möglicher Weise als certum denken, die Obligation mag gefaßt sein, wie sie wolle; das Object ist schon wegen seiner natürlichen Beschaffenheit ein incertum: oder das Object an sich läßt sich wohl als certum denken, es ist seiner Natur nach nicht nothwendig ein incertum, kann es aber wegen der Form der Obligation werden, auf welche es bezogen wird; mit andern Worten, das incertum kann seinen Grund erst in der Rücksicht, welche vermöge der Obligation auf die Subjectivität des Creditors oder Debitors zu nehmen ist, erhalten *). — Beruht nun aber das Criterium, ob eine Obligation certa oder incerta ist, darauf, wie die römischen Juristen sagen, ob ex ipsa

*) Daher sagt Ulpian: l. 75. §. 8. D. de verb. oblig. Qui illud aut illud stipulatur, veluti decem, vel hominem Stichum, utrum certum, an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur, et utra earum potius praestanda sit, in incerto est.

pronuntiatione apparet quid, quale, quantumque sit, oder nicht, also auf drei Merkmahle; so muß es bei einem Dinge, abgesehen von allen Obligationsverhältnissen, nur auf zwei Merkmahle, nähmlich auf das quale und quantum ankommen. Bei einer Obligation kann die Leistung hinsichtlich der Qualität und Quantität bestimmt, aber doch ein incertum sein, weil das quid fehlt; z. B. bei der alternativen Obligation *). Dagegen betrachten wir ein Ding allein an und für sich, so ist ja das quid eben dadurch schon bestimmt. Das quale, die innern Eigenschaften eines Dinges werden sich möglicher Weise ebenfalls angeben lassen, d. h. die Natur eines Dinges, ohne allen weitern Bezug, wird der Bestimmung der Qualität nicht hinderlich sein. Ein anderes aber ist es mit der Quantität. Bestimmen wir diese nähmlich nach dem Raum, welchen ein Ding einnimmt, nach den Gränzen von denen es umgeben wird, nach einem als Einheit angenommenen Maaße **), so können nur kör-

*) S. unten §. 5.

**) l. 94. D. de verb. oblig. (45, 1.) ist quantitas und modus gleich bedeutend genommen.

perliche Dinge, nicht res incorporales und facta der Quantität nach bestimmt werden. Hieraus folgt, eine jede unkörperliche Sache und ein jedes factum kann nie ein certum, und die Obligation, deren Object sie ausmachen, nie eine obligatio certa sein. Dagegen eine jede res corporalis kann certa sein, und die Obligation, welche sich auf eine solche bezieht, nur wegen der Form, in der sie gefaßt ist, incerta werden.

Nach dem bisher Gesagten wird nun bei Beurtheilung der Theilbarkeit und Untheilbarkeit derjenigen Obligationen, welche stricti iuris sind, zuerst in diesem Abschnitt von dem Fall zu handeln sein, wenn nur Ein Creditor und Ein Debitor einander gegenüber stehen*), und zweitens im folgenden Abschnitt wenn mehrere

---

*) Bucher (das Recht der Forderungen §. 38.) meint freilich, daß die Frage: welche Obligationen theilbar sind, welche nicht? begreiflicher Weise nicht in Betracht kommen könne, wenn nur Ein Creditor und Ein Debitor einander gegenüber stehen. Alsdann verstände es sich von selbst, daß dieser allein, jenem allein das Ganze zu leisten schuldig sei. Allein Bucher verwechselt theilbare Obligationen mit solchen, wo jemand nur theilweise berechtigt oder verpflichtet ist. S. oben S. 12.

Creditoren oder Debitoren sind. Für jenen ersten Fall werden nach dem Vorbilde von Paulus *) folgende drei Unterabtheilungen zu machen sein:

1) Die Obligation ist untheilbar, weil das Object derselben schon seiner natürlichen Beschaffenheit nach keine Theilung zuläßt; dies ist der Fall, wenn aus der Obligation eine condictio incerti deshalb entsteht, weil das Object der Obligation an und für sich schon ein incertum ist.

2) Der Gegenstand der Obligation an sich betrachtet kann wohl getheilt werden, aber die Obligation ist wegen ihrer Form untheilbar; dies findet statt, wenn die condictio darum incerti ist, weil die Form der Obligation ein incertum bewirkt.

3) Eine Obligation ist theilbar, wenn nicht nur das Object der Obligation an und für sich betrachtet Theilung zuläßt, sondern auch die Form der Obligation eine solche nicht hindert; die aus ihr entstehende condictio ist alsdann certi.

---

*) S. oben S. 2.

## §. 4.

1) Eine Obligation ist untheilbar, weil die eigenthümliche Beschaffenheit des Objects keine Theilung zuläßt.

Obligationen, welche stricti iuris sind, lassen keine Theilung zu, d. h. es kann eben so wenig der Creditor seine Petition auf einen Theil der Leistung richten, als der Debitor theilweise erfüllen, wenn der Gegenstand der Obligation schon seiner Natur nach untheilbar ist. Es bedarf dieser Satz wegen seiner Einfachheit keines besondern Beweises. Eine andere hier zu beantwortende Frage ist es aber, welche Gegenstände, die den Inhalt einer obligatio stricti iuris ausmachen können, sind ihrer Natur nach schon untheilbar? Untheilbar nennen wir diejenigen Objecte von Rechten und Verbindlichkeiten, welche weder in der Wirklichkeit, noch ideell eine Theilung zulassen, welche weder in partes pro diviso, noch in partes pro indiviso zerlegt werden können *). Unter der Theilung einer Sache ver-

---

*) l. 25. D. de verb. sign. (50, 16.); l. 26. §. 2. D. de

verstehen wir die Zerlegung des Ganzen in mehrere reelle oder intellectuelle Stücke der Art, daß

---

D. de leg. I. (30.); l. 5. D. de stip. serv. (45, 3.) und mehrere andere Stellen. —

Es scheint mir unrichtig und sich selbst widersprechend, wenn Thibaut (System des Pandectenrechts §. 263.) sagt: „In einer andern Rücksicht sind alle Sachen „theilbare oder untheilbare. Jenes findet statt, wenn „die Sache ohne Zerstörung in Theile zerlegt werden „kann, und wenigstens im juristischen Sinn, wenn „mehreren intellectuelle Theile an derselben zustehen kön„nen; dieses hingegen entweder wenn die Theilung „eine Zerstörung mit sich führt, wie bei be„weglichen körperlichen Sachen" u. s. w. Können denn an diesen nicht Mehreren intellectuelle Theile zustehen? Thibaut citirt zwar l. 8. de R. V. (6, 1). Hier giebt Paulus den Unterschied zwischen der Theilung eines fundus in partes pro diviso und pro indiviso an, und setzt dann hinzu: quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet, numquam enim pro diviso possideri potest. Heißt dieses aber etwas anderes, als: bei beweglichen Sachen läßt sich der Unterschied zwischen einer reellen und ideellen Theilung nicht angeben, weil sie pro diviso nicht getheilt werden können, sondern nur pro indiviso? Sachen aber, an welchen intellectuelle Theile zustehen können, nennt ja auch Thibaut theilbar. Quintus Mucius will selbst die partes pro diviso gar nicht einmahl Theile nennen, sondern nur die partes pro indiviso: l. 25. §. 1. D. de verb. sig. (50, 16). Alle körperlichen beweglichen Sachen

diese zwar dem Umfange nach kleiner, als das Ganze sind, daß aber dennoch diesen Stücken

---

sind also eigentlich nur ideell theilbar, weil eine reelle Theilung Zerstörung hervorbringen, ein reelles Stück nicht von der Qualität, als das Ganze sein würde. Dennoch machen hiervon diejenigen körperlichen beweglichen Sachen eine Ausnahme, quae pondere, numero, mensura consistunt. Gilt bei diesen der Grundsatz: tantundem est idem; so muß auch ein geringeres Maaß, eine kleinere Anzahl ein Theil des Ganzen sein: l. 29. in fine D. de solut. (46, 3); l. 117. D. de verb. oblig. (45, 1.): Si centum homines, quos ego heresve meus elegisset, stipulatus, antequam eligerem, duos heredes relinquero: numero dividitur stipulatio: diversum erit si iam electis hominibus successerint. Im ersten Fall können die mehreren Sclaven reell getheilt werden, weil von ihnen, als genera, einer so viel, als der andere ist; sind sie aber bereits gewählt, und dadurch bestimmte species geworden, so läßt sich mit ihnen, als körperlichen beweglichen Sachen, nur eine ideelle Theilung vornehmen: Cuiacius observat. lib. XV. Cap. 24. —

Welches fundamentum divisionis Bucher (l. c. §. 39.) angenommen hat, wenn er sagt: „die Theilung „selbst aber erfolgt entweder in Natur, oder durch eine „bestimmte Geldsumme (natürliche, intellectuelle Thei„lung)“, und dabei l. 9. §. 1. D. de solut. (46, 3.) citirt, ist nicht klar. Wahrscheinlich will er unterscheiden, ob das Object selbst oder das Interesse getheilt wird; dazu, glaube ich aber, paßt weder der Ausdruck,

keine derjenigen inneren Eigenschaften *) fehlt, welche dem Ganzen zukommen, oder, um mich kürzer auszudrücken, jeder Theil muß von derselben Qualität, als das Ganze sein **). Daher bildet jede pars pro diviso wiederum ein Ganzes von derselben Qualität, als dasjenige ist, von dem sie einen Theil ausmacht, nur in ge-

---

natürliche und intellectuelle Theilung, noch die citirte l. 9. §. 1. de solut.

*) Unter den inneren Eigenschaften eines Dinges verstehen wir bekanntlich solche, welche angegeben werden können, ohne daß erst eine Vergleichung mit einer andern Sache nothwendig ist.

**) Nicht jeder einzelne Bestandtheil eines Ganzen, nicht ein Einzelnes von dem Manchfaltigen, aus welchem das Ganze besteht, macht einen eigentlichen Theil dieses aus; l. 13. §. 2. D. de acceptilatione (46, 4). Daher ist der ususfructus, in so fern er in dem Eigenthum enthalten ist, (der s. g. ususfructus causalis) wohl ein Bestandtheil: l. 4, l. 33. §. 1. D. de usufructu et quemadmodum (7, 1); l. 58. D. de verb oblig. (45, 1); l. 70. §. 2. D. de fideiussoribus (46, 1); aber eigentlich kein Theil des Eigenthums; l. 66. §. 6. D. de leg. II. (31); l. 25. pr. D. de verb. sign. (50, 16). Der gemeine Sprachgebrauch bleibt nicht bei der eigentlichen und genauen Bedeutung des Wortes; der Sprachgebrauch des Rechtsgelehrten aber muß stets in seinen Gränzen eingeschlossen bleiben.

ringerm Umfange *). Daher, wenn Mehreren intellectuelle Theile an einer gemeinschaftlichen Sache zustehen, giebt es kein körperliches Stückchen jener gemeinschaftlichen Sache, bis auf den mathematischen Punct, welches nicht wiederum einem jeden einzelnen Berechtigten nach seinem Antheile pro indiviso zustände **). Widrigenfalls würde nicht jeder Theil von derselben Qualität, als das Ganze sein. Hieraus folgt, daß jede Theilung nur der Quantität nach, wirklich oder ideell, geschehen kann. Und so werden wir nun leicht beurtheilen können, welche Objecte, die den Inhalt einer Obligation ausmachen können, schon ihrer Natur nach untheilbar sind, nähmlich diejenigen, welche nicht nach Quantität, nach äußern Begränzungen, zu beurtheilen sind, d. h. alles, was keine körperliche Sache ist. Sind solche Objecte nun Gegenstand einer obligatio stricti iuris, so muß auch diese untheilbar sein.

I. Daher lassen alle Obligationen, welche stricti

---

*) cit. l. 25. §. 1. D. de verb. sig.

**) l. 8. pr. D. de rei vind. (6, 1); l. 34. §. ult. D. de leg. I. (30).

iuris sind, und in faciendo bestehen, keine Theilung zu*); denn alle facta sind untheilbar, eben weil sie nicht im Raum gedacht, und deshalb nicht nach Quantität bestimmt werden können. Diese Ansicht scheint mir so natürlich, daß mir beim Studium der Lehre über die Theilbarkeit der Obligationen nichts auffallender war, als die Meinung mehrerer, und auch großer Juristen, man müsse theilbare und untheilbare Handlungen unterscheiden. Doch es ist hier noch nicht der Ort, diese Meinung, welche, wie ich

---

*) l. 72. pr. D. de verb. oblig. (45, 1). Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt: veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem; l. 15. §. 1. D. de operis libertorum (38, 1); l. 4. D. in ius vocati ut eant. (2, 6); l. 11. §. 24. D. de leg. III. (32); l. 1. §. 9. vers. „Sed operis", l. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. (35, 2.) und mehrere andere Stellen. Nur dann, wenn mehrere, wie ich mich ausdrücken mögte, fungible Handlungen, versprochen sind, kann eine Theilung der Zahl nach geschehen; alsdann wird aber nicht die Handlung selbst getheilt: l. 54. §. 1. D. de verb. oblig. (45, 1).

glaube, auf einer unrichtigen Erklärung unserer l. 4. §. 1. de verb. oblig. beruht, zu widerlegen, vielmehr wird davon erst weiter unten *) an seinem Platze zu reden sein.

II. Von den Obligationen, welche in einem dare bestehen, sind alle diejenigen untheilbar, welche ein solches ius in re zum Gegenstand haben, welches, nachdem es ausgeübt ist, dem Berechtigten nicht noch das Eigenthum körperlicher Sachen verschafft. Haben wir nähmlich erkannt, daß nur diejenigen Objecte, welche im Raum existiren (alle körperliche Sachen), nach Quantität beurtheilt werden können, und theilbar sind; so müssen im Gegentheil alle res incorporales, indem sie nur gedacht werden können, keine Theilung zulassen **). Zu diesen gehören aber auch die iura in re ***). Untheilbar sind daher alle

---

*) S. unten §. 14. II.

**) Aus diesem Grunde sind auch die Realservituten und die Freiheit untheilbar, nicht aber, wie Thibaut (l. c. §. 263.) meint, weil die Theilung eine Zerstörung mit sich führt.

***) Bucher (l. c. §. 40.) glaubt, daß bei Handlungen nicht dieselbe Untheilbarkeit, wie bei den untheil-

Obligationen, deren Object eine **Servitut** ist. Eine jede Servitut *), mit Ausnahme des usus-fructus, kann nicht getheilt werden. Nur dieser bezweckt den Erwerb körperlicher Sachen, nähmlich den Erwerb von Früchten, die sich theilen lassen, nicht aber irgend eine andere Dienstbarkeit. Der practische Werth eines jeden zustehenden Rechts besteht in der Ausübung desselben. Ist diese unmöglich, so kann auch kein Recht auf dieselbe statt haben. Nun aber bringt es die Natur der Servituten mit sich, daß die Ausübung derselben stets ganz geschehen muß, und es läßt sich gar nicht denken, wie jemand nur einen Theil der ihm zustehenden Servitut gebrauchen wolle; folglich muß auch die Servitut selbst untheilbar sein. So kann z. B. jemand, welcher das ius itineris hat, nicht zur Hälfte

---

baren Rechten eintritt. Ich sehe nicht ein, worauf diese Behauptung beruht.

*) l. 72. pr. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 8. §. 1, l. 11, l. 17. D. de serv. (8, 1); l. 32. D. de serv. praed. rust. (8, 3); l. 14. §. 1. D. de adimendis leg. (34, 4); l. 3, l. 7. D. de serv. leg. (33, 3); l. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. (35, 2); l. 13. §. 1. D. de acceptilatione (46, 4).

gehen, zur Hälfte nicht gehen. Freilich kann eine Servitut derselben Art an einer nnd derselben Sache mehreren Berechtigten zustehen; allein nicht jeder einzelne von diesen hat alsdann einen Theil der allen zustehenden Servitut; sondern so viele Berechtigte es sind, so viele Servituten sind es auch: ein jeder von ihnen hat eine ganze Servitut *). Ganz dasselbe Verhältniß, wie bei den Dienstbarkeiten, findet sich bei dem Gebrauchsrecht einer körperlichen Sache, welche Mehreren zugleich gelichen oder vermiethet ist. Auch dieses läßt sich nicht theilen, und von den mehreren Miethern oder Commodataren hat es jeder einzelne ganz **). Schrader ***), welcher freilich den so oft ausgesprochenen Grundsatz des römischen Rechts, per partes nec acquiri, nec imponi servitutes posse, weder bestreiten will, noch kann, glaubt jedoch keinen natürlichen Grund für denselben finden zu können, und hält die angegebene Ansicht nur für

*) l. 16. D. quemadmodum servitutes amittuntur (8, 6).

**) l. 5. §. 15. D. Commodati (13, 6).

***) Civilistische Abhandlungen, zweite Abth. Num. V. §. 5. S. 285 u. folg.

eine scheinbare und unrichtige, indem er der Meinung ist: „durch eine Theilung nach Quan„tität, Zeit oder dergleichen, welche ja auch „beim Nießbrauche in dem ähnlichen Falle an„gewandt werden muß, konnte man sich bei den „meisten Dienstbarkeiten, wenn man nur woll„te, recht gut helfen" *). Allein erstens was Schrader mit den Worten: „oder derglei„chen," sagen will, ist mir nicht erklärbar. Zweitens ist er irriger Meinung, wenn er glaubt, daß eine Servitut, selbst der sonst theilbare Nießbrauch, der Zeit nach eine Theilung zulasse. Haben wir, als wir von dem Begriffe eines Theils ausgingen, erkannt, daß ein jeder Theil von derselben Qualität, und nur von geringerer Quantität, als das Ganze sein muß, so kann weder eine reelle, noch eine ideelle Theilung der Zeit nach geschehen. In derjenigen Zeit, in welcher die gemeinschaftliche Sache dem einen Mitberechtigten zusteht, hat dieser allein die ganze ungetheilte Sache, und der andere hat gar kein Recht auf dieselbe. Es findet also gar keine geringere Quantität statt. Kann

---

*) a. a. O. S. 288.

aber gar keine Theilung der Zeit nach geschehen, so kann sie auch nicht bei dem Nießbrauch, und um so weniger bei den übrigen Servituten statt haben. Wenn gleich bei den Auseinandersetzungsklagen *) der Richter den gemeinschaftlichen usus fructus der Zeit nach anweisen kann, so ist dies doch keine eigentliche Theilung, wie sie bei den Obligationen, welche stricti iuris sind, statt finden kann. Doch die nähere Ausführung dieses muß mehr einem andern Platze **) vorbehalten werden. Wenn mehreren Personen der Nießbrauch an einer und derselben Sache abwechselnd zusteht, so hat nicht ein jeder von ihnen einen Theil des ususfructus, sondern er steht abwechselnd jedem einzelnen allein zu. Wenn Gajus ***) sagt: usus servitutum temporibus secerni potest: forte, ut quis post horam tertiam usque in horam decimam eo iure utatur, vel, ut alternis diebus utatur, so will er hiermit nicht den Satz aufstellen, daß auf

*) l. 16. §. 2. D. fam. herc. (10, 2); l. 7. §. 10. D. commun. divid. (10, 3).

**) S. unten §. 17.

***) l. 5. §. 1. D. de servitutibus (8, 1).

diese Weise eine Servitut wirklich getheilt, in gleichartige Theile zerlegt werden könne, sondern er zeigt nur, daß an einer und derselben Sache mehreren einzelnen Personen eine Dienstbarkeit zustehen kann, wenn nähmlich der eine durch die Ausübung seines Rechts den andern an dem Gebrauch der ihm zustehenden Dienstbarkeit nicht hindert. Dies, meint er, kann geschehen, wenn die einzelnen Berechtigten nur zu verschiedenen Zeiten sich ihres Rechts bedienen dürfen. — Endlich drittens meint Schrader, daß, so wie der Nießbrauch, auch die meisten andern Servituten der Quantität nach getheilt werden können. Nur dieser nach, haben wir gesehen, kann eine jede Theilung geschehen, und der usus-fructus allein ist diejenige Servitut, bei welcher wegen des Erwerbs von Früchten die Quantität bestimmt werden kann *). Nach der Ausübung

*) l. 5. D. de usufructu et quemadmodum (7, 1); l. 6. §. 4. D. si servitus vindicetur (8, 5); l. 19. D. de usu et habitatione (7, 8); l. 1. §. 9, l. 81. pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2); l. 14, l. 25. D. quib. mod. ususfr. (7, 4); l. 13. §. 1. D. de acceptilatione (46, 4). — Vinnius select. quaest. lib. 1. Cap. 28. — S. auch Franciscus Hotomanus quaest.

einer jeden andern Servitut aber bleibt nichts übrig, was sich theilen läßt *). Oder sollte eine

---

illustres, quaest. 18. — Schrader l. c. S. 287 meint freilich, daß die Untheilbarkeit der Dienstbarkeit auf den Nießbrauch nicht angewandt worden sei, weil sie nicht recht paßlich war, und besonders häufig theilweise Bestellungen statt finden mußten.

*) Die Wasserleitungsgerechtigkeiten könnten vielleicht, da ihr Nutzen in einer körperlichen Sache besteht, theilbar erscheinen, und dies um so mehr, da Pomponius (l. 25. D. de servitutibus praed. rust.) ausdrücklich sagt, daß, wenn ein Theil eines zum aquaeductus berechtigten Grundstücks verkauft wird, auch die Servitut auf den verkauften Theil verhältnißmäßig übergehen soll. Dennoch aber sagt Ulpian, und mit Recht: l. 72. pr. D. de verb. oblig. Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt: veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutum. Diese Gerechtigkeit, als eine Prädialservitut, steht nur dem Grundstücke zu. Durch die Theilung dieses unter mehreren Personen, wird nicht auch die Dienstbarkeit getheilt, die diesen Personen gar nicht zusteht, sondern nur dem Grundstücke, dessen Besitzer sie sind. Daher wird, wie weiter unten (§. 14.) erläutert werden soll, einer von zweien Eigenthümern eines gemeinschaftlichen Grundstücks nicht für seinen Theil eine solche Servitut erwerben können, weil alsdann eine Theilung der Servitut selbst würde statt finden müssen (l. 17. D. de servitutibus). Gesetzten Falls es hätte der Eigenthümer eines Grundstücks diesem das Recht erworben, daß demselben

Theilung der Servitut dann statt haben, wenn das Recht des Berechtigten beschränkt, oder die beschränkte Ausübung des Verpflichteten erweitert wird? Soll z. B. etwa dann nur noch ein Theil des ius itineris bleiben, wenn jemand das Recht hätte über das ganze Grundstück seines Nachbars zu gehen, und nun die Uebereinkunft

---

in dem benachbarten Grundstücke das Licht nicht darf genommen werden. Wenn dieser Berechtigte sodann die Hälfte seines Grundstücks verkauft, so hat noch niemand behauptet, daß nunmehr die Servitut, weil sie beiden Theilen des Grundstücks zusteht, getheilt sei. Aber frägt es sich: bleibt demnach auch der Satz wahr, daß diejenigen iura in re, welche nach ihrer Ausübung noch den Erwerb von körperlichen Sachen verschaffen, theilbar sind, da es doch der aquaeductus nicht ist? Dieser Zweifel läßt sich durch den bei den Prädialservituten herrschenden Grundsatz: servitus non ultra posse constitui, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit (l. 5. §. 1. D. de serv. praed. rust., und wie ihn in Sonderheit von aquaeductus Pomponius l. 24. eod. tit. aufstellt), heben. Liegt es in der Ausübung dieser Servitut, daß das Wasser nothwendig auf das herrschende Gut verwendet werden muß, so bleibt auch nachher nichts übrig, was getheilt werden könnte. Dasselbe gilt auch von allen übrigen in dieser Hinsicht den Wasserleitungen ähnlichen Servituten: als der servitus pascendi, arenae fodiendae und dergleichen.

getroffen würde, daß jener nur noch über die Hälfte des Grundstücks solle gehen können *)? Oder wenn jemand die servitus oneris ferendi hätte, auf der Mauer seines Nachbars einen Balken von zwei Fuß ruhen lassen zu dürfen, so ist die Servitut doch wohl nicht getheilt, wenn sie durch einen spätern Vertrag auf einen Balken von Einem Fuß eingeschränkt würde **)? Wollte man aber eine solche Theilung annehmen, so müßte nach dem Grundsatz: alle Theile sind dem Ganzen gleich — eine mathematische Wahrheit —, derjenige, welcher das Recht hat, einen Balken von einem bestimmten Umfange auf eines andern Mauer ruhen zu lassen, auch das Recht haben, zwei verschiedene Balken, welche zusammen den Unfang jenes einen enthalten, auf des Nachbars Gemäuer zu legen; was doch gewiß niemand behaupten wird. So würde auch die Servitut, in eines Fremden Wand zwei Fenster zu halten, getheilt sein, wenn nachher das Recht nur zur Haltung Eines Fensters

---

*) l. 18. D. de servitutibus praed. rust. (8, 3).

**) Cuiacius ad leg. 85. de verb. oblig., vergl. mit lib. 3. Quaest. Papiniani.

bliebe. In allen diesen Fällen hat die frühere Servitut ganz aufgehört und eine neue andere ist errichtet worden, oder, was dasselbe ist, die Servitut ist auf einen kleinern Theil des Grundstücks beschränkt worden. Daher sagt auch Paulus: ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest *). — Doch daß auch Schrader die von ihm geäußerte Meinung nicht für genügend erkannt hat, geht wohl aus seinen eigenen Worten: „durch eine „Theilung nach Quantität, Zeit oder dergl. — „konnte man sich — recht gut helfen,“ hervor **). —

*) l. 6. D. de servitutibus (8, 1). Mackeldey Lehrbuch des röm. Rechts, zweite Auflage, §. 343. „Prädialservituten sind untheilbar und können daher „nicht zum Theil erworben, ausgeübt und verloren „werden, doch können sie nach Zeit und Ort, so wie „in Rücksicht der Art ihrer Ausübung, eingeschränkt „sein.“ Es ist dies also nicht, wie Schrader l. c. S. 301 meint, eine Ausnahme von der Regel der Untheilbarkeit der Servituten. — de Retes l. c. Cap. II. §. 14.

**) Zu welchen fernern, wie es mir scheint, unrichtigen Schlüssen Schrader durch seine Ansicht von der Untheilbarkeit der Servituten veranlaßt worden ist, wird sich im Folgenden ergeben.

Ist aber nun der Nießbrauch darum für theilbar erklärt worden, weil die Früchte theilbar sind; so ließe sich diesem wohl entgegensetzen, daß in dem Nießbrauch nicht bloß der Fruchtgenuß, sondern auch der usus enthalten ist, dieser aber, da er regelmäßig nicht auf den Erwerb von Früchten abzweckt *), untheilbar ist **), und deswegen auch der ususfructus keine Theilung zulassen müßte. Indeß wenn erstens recht gut ein Fruchtgenuß ohne usus statt finden kann ***), und man bloß einen solchen für untheilbar halten wollte; so sagen doch die oben (S. 43 Not. *) allegirten Stellen ausdrücklich, daß der volle ususfructus theilbar ist. Jenem Einwurf muß man daher wohl dadurch zu begegenen suchen, daß der usus in dem ususfructus als ein untergeordneter und unbedeutender Bestandtheil anzusehen ist. Deshalb gilt es auch für dasselbe, wenn jemand bloß die jährlichen Früchte eines

*) Thibaut Versuche, Bd. 1. Abh. 3.

**) l. 19. D. de usu et habitatione (7, 8).

***) l. 5. §. 2. D. ususfr. quemadm. cav. (7, 9).

eines Grundstücks legirt hat, als wenn er den ususfructus desselben legirt hätte *). —

Der Nießbrauch aber, wenn er gleich theilbar ist, läßt jedoch nur eine intellectuelle, keine reelle Theilung zu. Es steht jemanden ein Theil des ususfructus zu, heißt nichts anderes, als er hat das Recht, mit noch Einem oder Mehreren das gemeinschaftliche Eigenthum an den Früchten einer Sache zu erwerben. Res communis ist aber eine solche Sache, an welcher Mehreren partes pro indiviso zukommen. Dieser Behauptung könnte vielleicht l. 5. D. de usufructu et quemadmodum (7, 1.) entgegen zu sein scheinen. Hier sagt Papinian: ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. Allein unter den Worten „pro parte indivisa vel divisa" ist nicht sowohl pars ususfructus, als vielmehr pars rei zu verstehen. Wird der ususfructus an einer

---

*) l. 20. D. de usufr. et quemadm. (7, 1); l. 41. D. de usu et usufr. leg. (33, 2).

pars divisa einer Sache constituirt, so ist er selbst gar nicht getheilt, sondern nur die Sache, an welcher er zusteht. Eine pars divisa ist genau genommen ein Ganzes, und als Theil nur in Bezug auf ihren frühern Zusammenhang zu betrachten *). Derjenige also, welchem der Nießbrauch an einem reellen Theile einer Sache zusteht, hat keinen Theil des Nießbrauchs, sondern einen ganz ungetheilten ususfructus. Um ihn für eine pars divisa ususfructus, in Bezug auf den frühern Nießbrauch an dem ganzen Grundstück zu halten, müßte zuvor noch dargethan sein, daß der Nießbrauch an dem abgetheilten Stücke auch von derselben Qualität, als der des ganzen Grundstücks ist, welches doch das Erforderniß eines jeden Theils ist **). Der Nießbrauch an einem reellen Theile eines Grundstücks ist nicht, sowohl ein Theil des Nießbrauchs des Grundstücks, als vielmehr der Nießbrauch eines Theils des Grundstücks. — Deutlicher drückt sich in dieser Hinsicht Pompo-

*) S. oben S. 35.

**) S. oben S. 33 u. folg.

nius *) aus, indem er sagt: *Placet vel certae partis, vel pro indiviso, usumfructum non utendo amitti.* Er bezieht also die pars certa oder divisa auf die Sache, an welcher der ususfructus zusteht, nicht auf diesen; er sagt nicht: certam partem ususfructus. — Daher folgende Entscheidung Labeos **): Wenn der Eigenthümer eines gemeinschaftlichen Grundstücks den Nießbrauch, welchen er an diesem hat, jemanden legirt, nach dem Tode des Testators aber das Grundstück in zwei reelle Theile zwischen dem Erben und dem Miteigenthümer getheilt wird, so steht dem Legatar dennoch der ususfructus nicht an dem Theile des Erben, sondern an dem ganzen Grundstücke ex parte pro indiviso zu ***).

Das Resultat dieses Paragraphen ist also: eine jede obligatio stricti iuris, deren Object

---

*) l. 25. D. quib. mod. ususfr. (7, 4).

**) l. 31. D. de usu et usufr. leg. (33, 2).

***) Eben so entscheidet auch Ulpian l. 1. D. de usufructu accrescendo (7, 2); ob Mehreren der Nießbrauch coniunctim, oder separatim unicuique partis rei ususfructus hinterlassen ist.

an sich schon keine Theilung zuläßt, weil bei ihm keine Quantität angegeben werden kann, ist untheilbar. Liegt nun aber nach dem Voraus-geschickten *) der Grund des incertum eines Dinges nach seiner natürlichen Beschaffenheit nur darin, daß es nicht nach Quantität bestimmt werden kann, so muß auch alles dasjenige, was seiner Natur nach schon incertum ist, auch an und für sich keine Theilung zulassen; und alle obligationes stricti iuris, deren Inhalt ein solches Object ist, müssen eine condictio incerti hervorbringen und untheilbar sein. Daher begründen alle obligationes stricti iuris, die in faciendo bestehen **), so wie diejenigen, welche

---

*) S. oben S. 29.

**) l. 75. §. 7. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 1, l. 3. D. de condictione sine causa (12, 7); l. 5. §. 1. D. de act. emti (19, 1); l. 46. D. de iure dotium (23, 3); und mehrere andere Stellen. In der ersten Stelle ist ausdrücklich von einer obligatio in faciendo die Rede. Aber auch in den andern Fragmenten wird deutlich gesagt, daß man mit einer condictio incerti auf Befreiung von einem obligatorischen Verhältniß, von einer gemachten Promission, solle klagen, also ein factum verlangen können. Wie bereits oben dargethan ist, ist in allen Handlungen ein

die Uebertragung eines ius in re zum Gegenstand haben, eine condictio incerti *). Daß übrigens in Ansehung des usufructus keine Abweichung statt hat, da er Theilung zuläßt, und dennoch die Obligation, deren Object er ausmacht, incerta ist **), wird sich aus dem bei den theilbaren Obligationen ***) zu erläuternden Satze, daß auch aus einer obligatio incerta, und nahmentlich aus derjenigen, deren Inhalt ein ususfructus ist, eine condictio certi entstehen kann, ergeben.

Es bleibt jetzt nur noch übrig, die auf das

---

incertum aus demselben Grunde enthalten, aus welchem es in den Servituten begründet ist; weil nähmlich keine Quantität bei ihnen angegeben werden kann. Nun findet sich aber häufig, daß aus einer Stipulation, in welcher eine Servitut versprochen ist, eine Condiction statt hat (die folgende Note); es ist daher nicht abzusehen, warum nicht auch bei den obligationes stricti iuris in faciendo eine Condiction statt finden soll.

*) l. 1. pr. D. de cond. triticaria (13, 3); l. 8. D. de act. emti (19, 1); l. 35. D. de servit. praed. rust. (8, 2); l. 22. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6).

**) l. 75. §. 3. D. de verb. oblig. (45, 1).

***) S. unten §. 8.

Gesagte aus den zu Grunde gelegten Fragmenten Bezug habenden Worte anzuführen:

l. 2. §. 1. D. de verb. oblig.

. . . . . . quaedam non recipiunt *), ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur.

§. 6.

2) Das Object einer obligatio stricti iuris läßt zwar seiner natürlichen Beschaffenheit nach Theilung zu, die Obligation ist aber dennoch ihrer Form wegen untheilbar.

Eine jede res corporalis kann ihrer natürlichen Beschaffenheit nach certa sein, und die Obligation, deren Inhalt sie ist, nur wegen der Form incerta werden, und eine condictio incerti bewirken **). Nicht weniger sind auch alle körperlichen Sachen theilbar ***), und die Obligationen, deren Object sie ausmachen, können nur wegen der Form untheilbar werden. Es soll

---

*) partium praestationem

**) S. oben Seite 30.

***) S. oben Seite 36.

nun in diesem Paragraphen gezeigt werden, daß dieselben Obligationen, welche eine condictio incerti ihrer Form wegen hervorbringen, auch dieser wegen untheilbar sind. Ist aber die condictio certi dadurch bedingt, daß das Fodern auf etwas gerichtet sein muß, bei welchem das quid, quale und quantum genau bestimmt ist; so tritt dagegen die condictio incerti ein, wenn das eine oder das andere dieser drei characteristischen Merkmahle fehlt. Diese verschiedene Fälle sollen der Reihe nach durchgegangen, zuvor jedoch bemerkt werden, daß das ihnen allen Gemeinsame darin besteht, daß der Debitor bei der Erfüllung der Obligation unter mehreren Objecten, welche alle in obligatione sind, die Wahl hat *).

---

*) Bekanntlich unterscheiden die römischen Juristen bei den Obligationen, wo dem Debitor ein Wahlrecht zusteht, solche, bei welchen die mehreren Objecte alle in obligatione sind, d. h. wo der Creditor durch eine einfache Klage sich eine pluris petitio würde zu Schulden kommen lassen; und solche, wo der Creditor nur auf Ein Object klagt, der Debitor aber durch die Leistung dieses, oder auch eines andern Objects, welches in solutione ist, sich von seiner Verbindlichkeit befreien kann.

I. Das quid ist nicht bestimmt: der Creditor weiß zwar wie viel und von welcher Qualität, aber nicht was er durch seine Condiction erhalten wird. Dies ist der Fall bei der alternativen Obligation, und die Condiction aus derselben ist deshalb incerti *). Der Creditor muß seine Petition auf die beiden (oder mehreren) alternativen Objecte richten, beide sind in obligatione **); durch eine einfache Klage würde er sich einer pluris petitio schuldig machen ***). Der Debitor aber kann sich durch die Leistung eines von den mehreren Objecten von der ganzen Verbindlichkeit befreien †). Zur Zeit, als die Condiction angestellt wird, ist daher der Creditor noch im Zweifel, was (welches von den mehreren alternativen Objecten) er erhalten wird. So wie nun der Grund dieser condictio incerti

---

*) l. 75. §. 8. D. de verb. oblig. (45, 1).

**) l. 128. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 32. D. de novationibus (46, 2).

***) §. 33. I. de actionibus (4, 6).

†) l. 44. §. 3. D. de oblig. et act. (44, 7); l. 34. §. 6. D. de contrah. emt. (18, 1); l. 10. §. 6, l. 46. §. 1. D. de iure dotium (23, 3); l. 8. §. 4, l. 26. D. de novationibus (46, 2).

in der Unbestimmtheit des quid liegt, so ist dies auch die Ursache, weshalb die alternative Obligation untheilbar ist. Der Creditor kann seine Petition nur auf das Ganze richten, und der Debitor kann sich nur von seiner ganzen Verbindlichkeit befreien. Durch das Geben eines Theils des einen oder des andern alternativen Objects wird die Obligation auch nicht einmahl zum Theil erfüllt, es geschieht dadurch gar keine Solution *). Der Grund dieses Satzes liegt in der Natur der alternativen Obligation selbst, in der dem Debitor zustehenden Wahl, oder, wie schon bemerkt ist, in dem unbestimmten quid. Könnte die alternative Obligation durch das Geben eines Theils auch zum Theil erfüllt werden, so müßte von zweien Inconsequenzen nothwendig eine eintreten. Entweder würde von Seiten des Creditors in dem Fodern des andern Theils eine pluris petitio liegen, wenn er den übrigen Theil derjenigen Sache verlangte, von welcher er schon einen Theil erhalten hat, weil alsdann seine Klage aus einer alternativen Obli-

---

*) l. 26. §. 13. D. de cond. indeb. (12, 6).

gation nur einfach wäre; oder es würde der Debitor, welcher das Wahlrecht hat, den übrigen Theil der Obligation auch durch das Geben eines Theils des andern Objects erfüllen können, und auf diese Weise der Creditor nicht dasjenige, was er zu fodern hat, eine von den mehreren alternativen Sachen, erhalten, sondern mehrere Theile verschiedener Sachen. Das von Paulus in unserer l. 2. §. 1. D. de verb. oblig. angeführte Beispiel wird die Sache klarer machen. Gesetzten Falls der Debitor wäre schuldig, einen von zweien bestimmten Sclaven, den Stichus oder den Pamphilus zu geben, und er sollte sich von der Hälfte der Obligation befreit haben, wenn er die (ideelle) Hälfte des Stichus gegeben hat; so frägt es sich: was soll nun noch der Creditor verlangen, wodurch soll nunmehr sich der Debitor von dem übrigen Theil seiner Verbindlichkeit befreien können? Nur zwei Fälle sind möglich: der Creditor wird seine Petition entweder auf die übrige Hälfte des Stichus, oder nur alternativ auf die Hälfte des Stichus oder die des Pamphilus richten können. Im ersten Fall würde eine pluris petitio statt fin-

den, da beide Objecte, der Pamphilus und der Stichus, in obligatione sind, der Creditor aber auf den Stichus allein klagt, hiermit also dem Debitor das Wahlrecht nimmt *). Im andern Fall aber würde es dem Debitor auch frei stehen, die noch unerfüllte Hälfte der Obligation durch das Geben einer Hälfte des Pamphilus zu erfüllen. Was würde aber alsdann der Creditor erhalten? Nicht ein Ganzes, wie der Debitor zu geben schuldig war; sondern mehrere Theile verschiedener Sachen, einen (ideell) halben Stichus und einen halben Pamphilus; die Obligation geht aber auf den ganzen Stichus oder den ganzen Pamphilus **).

II. Das quale ist nicht bestimmt, und es findet deshalb eine condictio incerti statt. Der Creditor weiß, was und wieviel er durch seine Petition erhält, nicht aber, in welcher Qualität. Hierher ist die Obligation, deren

---

*) §. 33. vers. „Huic autem". I. de actionibus (4, 6). S. unten §. 13: conditio obligationis immutari non potest. — l. 5. Cod. de obl. et act. (4, 10).

**) l. 85. §. 4. in fine D. de verb. oblig. (45, 1).

Object ein genus incertum ist, zu rechnen. Ein genus ist incertum, wenn nicht alle diejenigen inneren Eigenschaften der Gattung bestimmt sind, welche nothwendig in Betrachtung kommen, um den objectiven Werth des genus angeben zu können; oder wenn die Qualität nicht so genau bestimmt ist, daß in Hinsicht ihrer keine Gradationen mehr statt finden können. Wenn daher nach dem Beispiele, welches Ulpian*) anführt, ein bestimmtes Maaß Wein, oder Getraide stipulirt wird, so ist dies ein incertum: die Qualität ist nicht genau angegeben und deswegen eine objective Schätzung nicht möglich. Ist aber ein gewisses Maaß des besten Weins einer bestimmten Sorte (Campaner) Gegenstand einer Obligation, so ist es ein certum; nun finden keine Gradationen mehr statt **). Wem ein Sclave überhaupt, ohne Hinzufügung seiner inneren Eigenschaften, versprochen ist, der hat ein incer-

*) l. 75. §. 1 et 2. D. de verb. oblig. (45, 1); Gans Obligationenrecht S. 77.

**) So ist auch Geld ein genus certum; denn hier ist ja aufs Genaueste Qualität und Quantität anzugeben. S. unten §. 7.

tum zu fodern *). Eine solche Sache, als Wein, Getraide, Oel, ein Sclave, können ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, als körperliche Sachen, einen objectiven Werth haben, certa sein; und sie werden in den angegebenen Fällen erst durch die Form der Obligation, dadurch, daß sie als genera versprochen sind, incerta. Auch dieses incertum entsteht dadurch, daß der Debitor zwischen mehreren Objecten, unter allen, welche in der Gattung sind, die Wahl hat. Der Creditor muß, wenn er nicht zu viel fodern will, auf die ganze Gattung seine Petition richten **), und der Debitor kann sich durch das Leisten Eines Objects aus der Gattung von seiner Verbindlichkeit befreien ***). Bei der Anstellung der Klage ist es daher ungewiß, von welcher Qualität diejenige Sache ist, durch welche die Obligation erfüllt werden wird. Aus demselben Grunde, wie bei der alternativen Obligation, ist daher auch die Obligation auf ein genus incertum

---

*) l. 13. D. de leg. I. (30).

**) §. 33. vers. „Praeterea" I. de actionibus (4, 6); l. 66. §. 3. D. de leg. II. (31).

***) l. 13. §. 4. D. de acceptilatione (46, 4).

untheilbar. Würde nähmlich eine solche Obligation für einen Theil erfüllt werden können; so müßte hinsichtlich des andern Theils eine pluris petitio statt finden, oder die ganze Obligation durch das Geben mehrerer Theile verschiedener Sachen erfüllt werden können. Wenn jemand, um bei dem von Paulus angeführten Beispiele stehen zu bleiben, aus einer Stipulation einen Sclaven überhaupt zu geben schuldig ist, so kann er dadurch um nichts seine Verbindlichkeit verringern, daß er dem Creditor die (ideelle) Hälfte an dem Stichus giebt. Das Gegentheil angenommen, so würde entweder der Creditor durch das Fodern des andern Theils an dem Stichus sich einer pluris petitio schuldig machen, oder der Debitor das Recht haben, auch durch die Leistung einer Hälfte an einem andern Sclaven den übrigen Theil der Obligation zu erfüllen. In dem letztern Fall aber würde der Creditor nicht Einen Sclaven, sondern mehrere intellectuelle Theile an verschiedenen Sclaven erhalten.

III. Das quantum ist unbestimmt geblieben. Hier ist zu unterscheiden: 1) ist das Object der Art, daß ein höchst Unbedeutendes der

zu leistenden Sache ein Ganzes ausmacht, hat jemand z. B. Waizen, Wein, Oel ohne Hinzufügung der Quantität versprochen, so ist dies ohne allen Werth: ein Körnchen oder ein Tropfen würde hinreichend sein, die ganze Obligation zu erfüllen *). 2) Ist aber der Gegenstand, dessen Quantität nicht angegeben ist, eine solche Sache, welche auch in sehr geringem Umfange, wenn nur ihre Qualität bestimmt ist, dem Creditor von Nutzen sein kann, so wird die Obligation gültig sein, aber wiederum ein genus incertum enthalten. Dies findet, wie Paulus **) als Beispiel anführt, bei einem Gefäße (lanx, vas), welches bloß der Gattung nach versprochen ist, statt. Auch eine solche Obligation ist ihrer Form wegen incerta, und aus demselben Grunde, wie wenn das quid oder quale nicht bestimmt ist, untheilbar.

Aus dem bisher Dargestellten geht nun der Schluß hervor, daß, wenn bei einer ihrer Form wegen untheilbaren Obligation ein Theil gegeben

---

*) l. 94. D. de verb. oblig. (45, 1).

**) l. 2. §. 1. D. de verb. oblig.

ist, dieser, da er keine Befreiung verschafft, ohne Ursache dem Creditor aufgeopfert sein würde, und daher mit der Condiction zurückgefodert werden kann. Macht der Debitor aber von der Condiction keinen Gebrauch, so wird es darauf ankommen, ob er nachher noch den übrigen Theil derselben Sache, oder ein anderes seiner Wahl unterworfenes Object giebt, um die Obligation zu erfüllen. Im ersten Fall verliert er die Condiction; denn dadurch, daß er nun sämmtliche Theile eines Ganzen gezahlt hat, hat er seine Verbindlichkeit erfüllt. Im andern Fall aber bleibt ihm die Condiction.

Da in diesem Paragraphen derselbe Gang, wie von Paulus eingeschlagen worden ist, so wird es ohne weitere Exegese hinreichend sein, nur dessen Worte anzuführen:

l. 2. §. 1. de verb. oblig.

.... quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichi

Stichi pars *) soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius **) detur ***). Eiusdem

---

*) sc. cum hominem generaliter stipulatus sim.

**) sc. homo. — l. 9. §. 1. D. de solutionibus (46, 3); l. 26. §. 13. D. de cond. indeb. (12, 6).

***) Daß der Debitor den gegebenen Theil zurückfodern kann, wenn er nachher eine andere, seiner Wahl unterworfene Sache gegeben hat, räumen alle ein; jedoch wollen einige (Donellus l. c. ad l. 2. §. 1. de verb. oblig.; Scipio Gentilis l. c. Cap. 7.) dem Debitor keine Condiction gestatten, bevor er ein anderes Object gegeben hat. Zu den Worten: „repeti potest", meinen sie, müsse hinzugedacht werden: non nisi alio homine soluto. Sie stützen sich zu dem Ende auf die Worte: „in pendenti est donec alius detur", und auf l. 26. §. 13. D. de cond. indeb. (12, 6). Allein Paulus unterscheidet in den Worten: „aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur" genau zwei contradictorisch entgegengesetzte Fälle, von welchen der eine nur statt finden kann, wenn der andere nicht eintritt. Ulpian aber entscheidet in l. 26. §. 13. D. de cond. indeb. ganz consequent, daß, wenn die Stipulation alternativ auf decem oder den Stichus geht, und quinque gegeben sind, diese mit der condictio indebiti zurückgefodert werden können, sobald der Stichus gegeben ist. Früher kann die condictio indebiti nicht statt haben; denn die gegebenen quinque waren eigentlich kein indebi-

conditionis est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari?

Das incertum der alternativen und generellen Obligation hat, wie dargethan ist, seinen Grund in dem Wahlrecht des Debitors. Fällt diese Ursache weg, so muß auch ihre Wirkung aufhören. Hat nähmlich der Creditor die Wahl, so bekommt derselbe genau dasjenige, was er fodert; das von demselben gewählte Object ist allein in obligatione *). Hieraus folgt: jede generelle und alternative Stipulation, bei welcher der Stipulator sich ausdrücklich die Wahl bedungen hat,

---

tum. Aber ein Anderes ist es: ob dem Debitor nicht die condictio causa data causa non secuta zusteht, da er doch quinque gegeben hat, damit ihn der Creditor dafür befreie, und diese Befreiung nicht erfolgt ist? (vergl. l. 14. D. de condictione causa data, 12, 4). Ulpian, welcher in der angeführten l. 26. §. 13. die Frage bloß aufwirft: ob eine condictio indebiti statt findet, antwortet auch nur hierauf. Paulus aber, der in unserer l. 2. §. 1. de verb. oblig. überhaupt entscheidet: ob und wann der gegebene Theil zurückgefodert werden kann, einerlei ob mit der condictio indebiti, oder der condictio c. d. c. n. s., sagt ausdrücklich: statim repeti potest.

*) l. 112. pr. D. de verb. oblig. (45, 1).

ist eine stipulatio certa *). Eine solche Stipulation ist aber auch theilbar **): der Creditor, welcher einmahl einen Theil gewählt hat, kann alsdann seine Petition nur noch auf den übrigen Theil desselben Objects richten. Es findet daher keine pluris petitio statt, und es geschieht auch keine solutio in diversarum rerum partibus.

Was die obligatio ex testamento betrifft, so fand im ältern römischen Recht ganz dasselbe, wie bei der Stipulation statt. Begründete nähmlich nur das legatum damnationis eine Obligation ***), so war auch hier, wie bei der Stipulation die Folge, daß bei einem generellen und alternativen legatum damnationis der

---

*) l. 75. §. 8. D. de verb. oblig. (45, 1).

**) l. 17. in fine D. rem ratam haberi (46, 8). Der Grund mag wohl in l. 47. D. de oblig. et act. (44, 7); l. 125. D. de reg. iur. (50, 17) enthalten sein. Scipio Gentilis l. c. Cap. 7. in fine; Franciscus Ramos del Manzano recitationes ad Tit. D. de verb. oblig. pars I. Tract. III. Cap. IV. §. 5. (in Meermanni thes. Tom. VII.)

***) Gaii Inst. II. §. 204; Theophilus II, 20, 2; Gans röm. Obligationenrecht, S. 30—33; dessen Scholien zum Gajus, S. 334 und 392.

Debitor, der Erbe das Wahlrecht hatte *). Die actio ex testamento war daher in diesem Fall incerti **), und es hatte keine theilweise Solution statt ***). Wenn aber Justinian den Unterschied zwischen jenen beiden Legaten aufgehoben, und aus jedem von ihnen sowohl eine actio ex testamento, als auch eine vindicatio gestattet, und auf diese Weise vermöge letzterer dem Legatar aus jedem generellen und alternativen Legate das Wahlrecht ertheilt hat †); so liegt hierin die Inconsequenz, daß nunmehr aus einem generellen oder alternativen Legate nicht, wie aus einer Stipulation dieser Art, im Zweifel eine condictio incerti der Form wegen ent=

---

*) l. 32. §. 1, l. 45. §. 1, l. 46, l. 71. pr. l. 84. §. 3. D. de leg. I. (30); l. 4. D. de tritic. vin. ol. (33, 6). Nur durch die Unterscheidung des legatum damnationis und vindicationis ist mit Thibaut (Versuche Bd. 1, Abh. 1, S. 12 Not. 15) die in den Pandecten abweichende Entscheidung hinsichtlich des Wahlrechts bei den generellen und alternativen Legaten zu erklären.

**) l. 13. D. de leg. I. (30).

***) l. 15. D. de leg. II. (31).

†) §. 2. und §. 22. I. de leg. (2, 20).

steht; sondern bei jenen (gerade umgekehrt) der Erblasser dem Erben zu dem Ende erst das Wahlrecht gegeben haben muß.

Eine obligatio stricti iuris, welche aus einem Haben ohne Grund von Seiten des Debitors, durch eine grundlose Vermögensaufopferung von Seiten des Creditors entsteht, kann, da sie auf das Zurückfodern des Aufgeopferten geht, nur in dem Falle ein Wahlrecht enthalten, wenn der Debitor statt eines von den seiner Wahl unterworfenen Objecten, mehrere, z. B. beide alternative Objecte gezahlt hat. Hier hat nach Ulpian *) wiederum der Debitor (d. h. der frühere Creditor) die Wahl, welche von den mehreren erhaltenen Sachen er zurückgeben wolle: die condictio ist incerti und untheilbar. Julian und Papinian sind jedoch anderer Meinung gewesen, es solle nähmlich derjenige, welcher zuviel gezahlt hat, die Wahl haben; und dieser Bestimmung hat auch Justinian wieder den Vorzug gegeben **).

---

*) l. 26. §. 13. in fine. D. de cond. indeb. (12, 6).

**) l. 10. Cod. de cond. indeb. (4, 5); hierdurch ist aber die Entscheidung von Paulus in l. 21. D.

Und so glaube ich denn, auch den im Anfange dieses Paragraphen angeführten Satz, daß alle diejenigen Obligationen, welche eine condictio incerti ihrer Form wegen hervorbringen, auch dieserwegen untheilbar sind, gerechtfertigt zu haben. Freilich können Obligationen auch durch die Hinzufügung einer ungewissen Zeit oder einer Bedingung incertae werden; wie ich aber glaube, begründen solche Obligationen dennoch eine condictio certi, und es wird daher von ihnen erst weiter unten *), wo von der condictio certi und den theilbaren Obligationen die Rede sein wird, zu handeln sein.

## §. 7.

3) Eine Obligation ist theilbar, weil das Object seiner Natur nach Theilung zuläßt, und die Form der Obligation dieser nicht entgegen ist.

a) Die Obligation ist certa.

Eine Obligation kann auf doppelte Weise certa sein: entweder weil ihr Object eine res

---

eod. tit. nicht geändert, da hier von mehreren Debitoren die Rede ist.

*) §. 8.

certa ist, und auch durch die Form der Obligation die Qualität und Quantität genau angegeben ist; oder das Object ist an sich zwar ein incertum, es wird aber durch die Hinzufügung der aestimatio in ein certum verwandelt, wie dies bei der Hinzufügung einer poena der Fall ist. Von der ersten Art wird zunächst zu handeln sein. Jede Obligation, welche ihre aestimatio in dem Objecte selbst, nicht erst in dem hinzugefügten Werth hat, kann nie ein factum oder eine res incorporalis *) enthalten, sondern entweder eine species certa, eine bestimmte einzelne körperliche Sache, oder ein genus certum, d. h. eine bestimmte Quantität körperlicher Sachen aus einer so genau bezeichneten Gattung, daß hinsichtlich der Qualität keine Gradationen mehr statt finden können. Daß ein solches Object an sich Theilung zuläßt, ist oben dargethan worden, und da die Petition, so wie die Solution einfach ist, so bewirkt auch die Form keine Untheilbarkeit. Der Creditor mag theilweise, oder das Ganze fodern; der Debitor mag in Thei-

---

*) S. oben Seite 30 u. 52.

len, oder ganz erfüllen: nie wird sich der Creditor deshalb einer pluris petitio schuldig machen, in beiden Fällen wird die Solution in einer und derselben Sache geschehen. Die Leistung eines Theils wird für diesen Theil Befreiung verschaffen, und es wird kein Grund zur condictio indebiti oder causa data causa non secuta eintreten. Gesetzt der Sclave Stichus wäre Gegenstand einer Obligation, und der Creditor fodert zuerst die Hälfte an dem Stichus, so wird er nachher auch die andere Hälfte einklagen können; und umgekehrt wenn der Debitor die Hälfte giebt, so wird er für diesen Theil befreit, und es bleibt nur noch die andere Hälfte desselben Objects in obligatione. Dasselbe findet bei einem genus certum, z. B. zehn Maaß vom besten Campaner Wein, statt. Da aber jene drei Merkmahle des certum am leichtesten beim Gelde sich genau angeben lassen, so wird dieses von den römischen Juristen gewöhnlich als Beispiel aufgestellt *).

---

*) l. 9. §. 1. D. de solut. (46, 3): Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi

Hat jemand eine bestimmte Summe Geldes zu zahlen, so mag der Creditor dieselbe ganz oder theilweise fodern, und der Debitor mit einem Mahle oder in Theilen zahlen; immer wird die Obligation durch ein und dasselbe Object erfüllt *).

So scharfsinnig Gans in seinem Obligationenrecht den Unterschied zwischen der obligatio certa und incerta, und das Verhältniß beider zu der condictio triticiaria dargestellt hat,

---

data in reliquam partem tenetur. l. 78. pr. D. de leg. II. (31). Unrichtig ist es daher, wenn Gans (röm. Obligationenrecht S. 14) sagt: „daß wenn eine „obligatio stricti iuris nicht gänzlich getilgt ist, mit der „actio statt des Restes das Ganze gefordert werden „muß." Mühlenbruch Recension über Gans röm. Obligationenrecht (Heidelberger Jahrbücher von 1821. S. 46).

*) Aus dem Begriffe des Theils geht auch hervor, daß wenn mehrere Objecte cumulativ in einer Obligation enthalten sind, z. B. Stichus und Pamphilus, und ein Object von den mehreren geleistet ist, zwar eine Befreiung für den Debitor eintritt, die Obligation aber nicht getheilt ist: es sind alsdann vielmehr so viele einzelne Obligationen, als verschiedene Objecte; durch die Leistung eines von diesen wird eine von jenen ganz erfüllt: l. 29. pr., l. 86. D. de verb. oblig. (45, 1).

so ist es doch weniger richtig, wenn er sagt, daß Geld das einzige unbedingte, einzige unvergängliche certum sei, alle andere Dinge aber sich in diesem auflösen, in ihm ihre Erledigung erhalten müssen *). Soll in dieser Erledigung die Vergänglichkeit, das Bedingte des certum liegen, und ist es gewiß, daß in der einer Obligation hinzugefügten poena der Werth der Leistung enthalten ist, d. h. die Leistung in der poena ihre Erledigung findet **); so muß doch wohl in derjenigen Stipulation, in welcher jemand eine Summe Geldes verspricht, und wenn er diese nicht zahlen sollte, sich zu einer andern bestimmten Sache, z. B. zu zehn Maaß Waizen einer bestimmten Art, oder einem bestimmten fundus anheischig macht, das Geld in dieser Sache seine Erledigung, seinen Werth finden ***). Es wird dies freilich der seltenere Fall sein, und da es gewiß ist, daß sich jene drei Merkmahle beim

---

*) Röm. Obligationenrecht S. 56 und 75.

**) Ebendaselbst S. 56, 57 und 81.

***) l. 25. §. 13. D. fam. herc. (10, 2). Daß die poena nicht nothwendig in pecunia zu bestehen braucht: l. 11. §. 2. de receptis qui arbitrium (4, 8).

Gelde leichter angeben lassen; so mögte ich dieses lieber das **regelmäßige** certum nennen. Der Grund jener Behauptung von **Gans** liegt aber in der Verwechselung der doppelten Natur des Geldes, d. h. als **Tauschmittel**, wo es (die aestimatio aller andern Dinge angebend) immer ein certum ist, und als **Waare**, wo es in dem Verkehr neben den übrigen Dingen seinen Platz hat *). Auch in unserer l. 2. §. 1.

---

*) Der Nichtbeachtung dieser doppelten Natur des Geldes ist es auch wohl zuzuschreiben, wenn **Gans** (Scholien zum **Gajus**, Scholie 5, S. 230), nachdem er einige Bestätigung der Meinung, daß der Character der res mancipi in die größere Kostbarkeit derselben zu setzen sei, gefunden haben will, sagt: „daß **Gold** „und **Silber** dennoch nicht zu den res mancipi ge„rechnet werden, liegt wohl darin, daß wenn **Geld** „als das alle andere Dinge messende eine res mancipi „wäre, es überhaupt jede Sache sein müßte, da jede in „Geld ihre Erledigung findet, woraus folgt, daß Geld „als solchem gar nicht das Prädicat der Kostbarkeit „beigelegt werden kann, indem es immer nur darauf „ankommt, wie kostbar die Sache sey, die es repräsen„tirt." Wie aber bemerkt ist, so finden im Gelde alle andere Dinge ihre Erledigung, in sofern es als Tauschmittel, nicht aber wenn es als Waare betrachtet wird. (Wie sehr die Römer dies unterschieden haben, ergiebt sich aus l. 19. §. 2. D. de cond. indeb. und aus

de verb. oblig. führt Paulus als Beispiel einer theilbaren Obligation eine solche an, deren Inhalt pecunia certa ist:

quaedam *) partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur.

Eben so wenig Schwierigkeit wird es haben, zu zeigen, daß diejenigen Obligationen Theilung zulassen, welche erst durch den hinzugefügten Werth der schuldigen Leistung certae werden. Eine jede Obligation, welche ein factum oder ein ius in re zum Object hat, ist incerta und untheilbar **); sie kann aber certa werden, wenn eine poena, welche in einem certum besteht, auf den Nichterfüllungsfall hinzugefügt wird ***). Das incertum bleibt zwar Gegen-

---

l. 94. §. 1. D. de solut.) Daß dieser Unterschied wesentlich ist, zeigt sich in den angeführten Worten um so mehr, da hier Geld gleichbedeutend mit (der Waare) Gold und Silber genommen ist. Müssen denn nothwendig nur die edlen Metalle als Geld, als Tauschmittel gewählt werden?

*) stipulationum

**) S. oben S. 52.

***) Gans röm. Obligationenrecht S. 80 u. f. — §. 7. I. de verb. oblig. (3, 15); l. 68. D. eod. tit. (45, 1).

stand der Erfüllung, der Debitor kann sich durch die Leistung desselben von seiner Verbindlichkeit befreien; kommt es aber zur Klage, so fodert der Creditor nur die poena *), und besteht diese in einer bestimmten körperlichen Sache, so muß sie auch theilbar sein **).

Kann aber eine obligatio incerta dadurch certa werden, daß bei ihrem Entstehen ihr Werth bestimmt wird; so muß auch jede obligatio incerta, welche bezweckt, dem Creditor Sicherheit für eine schon bestehende Obligation zu verschaffen, ebenfalls certa werden, wenn die zu Grunde liegende Obligation certa ist: in dieser ist alsdann der Werth jener enthalten. Die accessorische Natur der Pfandobligation bringt es nun aber mit sich, daß ihr eine andere Foderung zu Grunde liegt; ist diese certa, so muß es dadurch auch die Pfandobligation werden, ob-

*) l. 1. D. de penu legata (33, 9); l. 24. D. quando dies legati (36, 2); l. 115. §. 2. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 44. §. 5. D. de oblig. et act. (44, 7): Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus

**) l. 72. pr. in fine. D. de verb. oblig. (45, 1).

gleich die Uebertragung des Pfandrechts, eines ius in re, ein incertum ist. Wird durch die poena das id, quod interest, im Voraus, auf den Fall die Obligation nicht erfüllt würde, bestimmt, so geschieht dies auch durch diejenige Obligation, zu deren Sicherheit das Pfand bestellt werden soll. Das id, quod interest, im Fall die Pfandobligation nicht erfüllt würde, ist dasjenige, was in der Principalobligation enthalten ist *). Um diese Bemerkung erst vorausgeschickt zu haben, konnte oben **), wo von den untheilbaren Obligationen, deren Inhalt ein ius in re ist, die Rede war, derjenigen Obligation, welche ein Pfandrecht zum Gegenstand hat, noch nicht Erwähnung geschehen. Hier aber nun, glaube ich, den Satz aufstellen zu können, daß eine solche Obligation Theilung gestattet, wenn die zu Grunde liegende Obligation certa, und also theilbar ist. Findet das Gegentheil bei dieser statt, so ist auch die Pfandobligation incerta und untheilbar. Ein Beispiel wird das Gesagte deutlicher

---

*) l. 21. §. 3. D. de pignoribus (20, 1).

**) S. 38 u. folg.

machen. Gesetzt es hätte jemand eine bestimmte Summe Geldes zu fodern, und stipulirte sich eine Pfandbestellung, so wird die Pfandobligation wegen der Summe Geldes, welche ihre aestimatio ist, theilbar sein. Der Creditor kann die Constituirung des Pfandrechts für einen Theil der Foderung verlangen; und der Debitor, welcher für einen Theil der Summe das Pfand bestellt, befreit sich für diesen Theil von der accessorischen Obligation. Bestellt er hernach noch für den übrigen Theil das Pfand, so ist die accessorische Obligation ganz erfüllt. Zahlt er aber denjenigen Theil der Summe, für welchen er das Pfand noch nicht bestellt hat, so erlischt auch die Pfandobligation für diesen Theil; er braucht nunmehr das Pfand für diesen Theil nicht zu bestellen. Hiermit ist jedoch keineswegs gesagt, daß wenn der Debitor einen Theil der Hauptobligation erfüllt, er für den Rest das Pfandrecht nur an einem verhältnißmäßigen Theil des Pfandobjects zu bestellen brauche. Dieses würde nicht nur den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, sondern auch dem Begriffe der Theilbarkeit ganz zuwider sein. Eben so wenig, wie

eine Servitut, kann auch das Pfandrecht dadurch getheilt werden, daß es auf einen Theil des Objects eingeschränkt wird. Ist nähmlich dargethan worden, daß jede Theilung nur nach der Quantität geschehen kann, und ein seiner Natur nach hinsichtlich der Quantität nicht zu bestimmendes Object (jedes factum, jedes ius in re) an und für sich keine Theilung zuläßt, und von einem größern oder geringern Rechte die Rede nur sein kann, in sofern es als Gegenstand einer Obligation auf die Quantität seines hinzugefügten Werthes bezogen wird; so frägt es sich, ob dieser bei dem Pfandrechte in der zu Grunde liegenden Foderung, oder in dem zu verpfändenden Objecte liegt? Unstreitig in der ersten. Nur den Inhalt dieser kann der Creditor, im Falle die Pfandobligation nicht erfüllt würde, verlangen, nicht aber das zu verpfändende Object. So groß die Foderung des Creditors aus der Principalobligation ist, eben so groß ist auch sein Recht an dem Pfandobjecte. Wir nennen daher ein Pfandrecht größer oder geringer, je nachdem die Principalobligation ein größeres oder geringeres Quantum enthält; wir nennen es aber

besser

besser oder schlechter nach der Sicherheit, welche das verpfändete Object gewährt. Daher ist auch ein früheres Pfandrecht nicht nothwendig größer, aber immer besser, als ein späteres gleicher Art. Nach dem Werthe des Pfandobjects ist also die Qualität, nicht die Quantität des Pfandrechts zu bestimmen. Kann aber nur nach Quantität eine Theilung geschehen, so folgt hieraus, daß wenn ein Theil der Hauptschuld getilgt ist, der Debitor zwar von einem Theil seiner Pfandverbindlichkeit befreit wird, das Pfandobject aber unverringert Gegenstand des Pfandrechts bleiben muß. Ist das Pfandrecht für die ganze Hauptobligation bestellt, und wird hernach ein Theil von dieser erfüllt, so wird hierdurch auch des Creditors Pfandrecht um so viel geringer *); aber das Pfandobject bleibt ungetheilt und zwar, wie die Römer sagen **), propter indivisam pignoris causam.

---

*) Wie wir jetzt da, wo Hypothekenbücher eingeführt sind, sagen können: der Debitor kann einen Theil der Hypothek löschen lassen.

**) l. 65. D. de evictionibus (21, 2).

Daß wenn die Principalobligation untheilbar ist, z. B. in faciendo besteht, die accessorische Pfandobligation ebenfalls keine Theilung zuläßt, ergiebt sich wohl schon aus dem bisher Gesagten.

§. 8.

b) Die Obligation ist incerta, aber die condictio aus ihr ist dennoch certi.

Certa ist eine jede Obligation, bei welcher die Leistung genau bestimmt ist, und auch die condictio auf diese kann nur certi sein. Anders ist es aber, wenn einer Obligation eine Bedingung oder ein dies incertus hinzugefügt wird, die Leistung also beim Eingehen der Obligation noch von einem ungewissen Zukünftigen abhängig ist. Die Obligation selbst ist alsdann incerta, aber die condictio aus ihr ist certi. Aus einer bedingten oder der Zeit wegen ungewissen Obligation kann erst dann geklagt werden, wenn die Bedingung erfüllt, wenn die ungewisse Zeit eingetreten ist. Zur Zeit der Klage muß der Grund des incertum, und mit ihm auch seine Wirkung aufgehört haben; die Klage geht

mithin auf ein genau Bestimmtes, und ist certi. Bei der Beurtheilung, ob eine Condiction certi oder incerti ist, muß ja nicht sowohl auf diejenige Zeit, wo die Obligation eingegangen ist, als vielmehr auf diejenige, wo sie geltend gemacht, wo die Leistung gefodert werden kann, gesehen werden. Beispiele dieser Art liefert uns Ulpian *). Wenn sich jemand die künftigen Kinder einer bestimmten Sclavin, oder die noch zu erwartenden Früchte eines bestimmten Grundstücks stipulirt, so ist die Stipulation incerta wegen der in ihr enthaltenen Bedingung **). Ist die Zahlung eines bestimmten Capitals und der Zinsen desselben nach gewissen Procenten Inhalt einer Obligation, so ist diese certa in Betreff des Kapitals, und incerta in Ansehung der Zinsen, weil es ungewiß ist, wie lange das Capital unbezahlt bleiben wird, mithin wie viel die Zinsen im Ganzen betragen werden ***). Daher sagt auch Pomponius †), daß diejenige Stipulation

*) l. 75. §. 3 et 4. D. de verb. oblig. (45, 1).

**) l. 1. §. 3. D. de cond. et dem. (35, 1).

***) l. 75. §. 9. D. de verb. oblig. (45, 1).

†) l. 16. §. 1. D. eod. tit.

incerta ist, in welcher jemand eine bestimmte Summe alljährlich zu geben verspricht; denn sie ist perpetua, und es läßt sich nicht bestimmen, auf wie hoch sich einst die Summe aller einzelnen Zahlungen zusammen belaufen wird. Das incertum bei allen diesen Obligationen muß jedoch wegfallen — die Bedingung eingetreten, der dies incertus gekommen sein —, bevor aus ihnen geklagt werden kann *). Die Klage geht alsdann nur auf ein certum, auf die gebornen Sclavenkinder, auf die gewachsenen Früchte, auf die bestimmten fälligen Zinsen oder jährlichen Präſtationen, und die condictio ist daher certi. Und dies ist auch der Sinn, welchen Ulpian mit den so manchfach mißverstandenen Worten der l. 9. pr. D. de rebus creditis (12, 1) verbindet:

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo prae-

---

*) l. 213. D. de verb. sign. (50, 16).

sens sit obligatio; ceterum si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere *).

Die letzten Worte dieser Stelle hätten den bisherigen andern Auslegungen ein Hinderniß sein müssen, da ja nach diesen gar kein Grund vorhanden ist, weshalb hier Ulpian die obligatio praesens von der in diem oder sub conditione unterscheidet **).

---

*) Gaii Inst. IV. §. 131.

**) Donellus Comment. ad Tit. Dig. de reb. cred. — Ich glaube, daß diese einfache und buchstäbliche Worterklärung auch den natürlichsten Sinn giebt, und kein Grund vorhanden ist, andere Erklärungen zu erkünsteln. Man kann daher unter contractus incerti nicht die s. g. Innominatcontracte, aber auch nicht mit Gans (röm. Obligationenrecht S. 127) die contractus bonae fidei darunter verstehen, um die statthafte Concurrenz der Klagen aus diesen mit einer condictio darzuthun. (Mühlenbruch Recension über Gans röm. Obligationenrecht a. a. O. S. 63). Daß contractus incertus diese Bedeutung habe, wird von Gans mit nichts bewiesen; noch weniger aber erklärt, was Ulpian mit den Endworten jener Stelle sagen will. Auch will ja Gans nicht darthun, daß eine condictio und eine actio b. f. ihren Grund zugleich in einer und derselben obligatio b. f. haben, sondern daß

Daß diese bedingten oder von einer ungewissen Zeit abhängenden Obligationen Theilung zulassen, leidet wohl keinen Zweifel *). Es ist gezeigt, daß von der Theilbarkeit einer Obligation nur in Bezug auf die Petition und Solution die Rede sein kann; ist nun auch eine Obligation deshalb incerta, weil sie von einem un-

---

beide auf dasselbe Object neben einander bestehen können, jedoch jene ihren Grund in einer obligatio stricti iuris, diese in einer obligatio b. f. habe. Der Sinn Ulpians aber, wenn man contractus incertus für b. f. nehmen wollte, wäre, daß es auch Fälle gebe, in welchen eine condictio certi unmittelbar aus einer obligatio b. f. entstehen könnte.

Daß Ulpian den besondern Ausdruck contractus incertus, und nicht überhaupt obligatio incerta gebraucht, läßt sich vielleicht dadurch erklären, daß eine obligatio str. iur. aus dem Gesetz und der grundlosen Vermögensaufopferung, ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, gar nicht in diem oder sub conditione sein kann, weil mit der Entstehung der Obligation (welche erst mit dem Moment eintritt, wo das Gesetz verpflichtet, wo die Vermögensaufopferung gewiß ist) sogleich auch die Leistung eingeklagt werden kann.

So sind auch in l. 1. pr. D. de S. C. Maced. (14, 6) unter incerta nomina wegen der Endworte dieser Stelle, wahrscheinlich solche zu verstehen, bei welchen keine Zeit bestimmt war.

*) l. 5. in f. D. de usufr. et quemadm. (7, 1).

gewissen Zukünftigen abhängig ist, so muß doch dasjenige, worauf die Petition gehen, worin die Solution geschehen kann, ein certum sein, da beide vor dem gänzlichen Eintritt der Bedingung oder des dies incertus gar nicht statt haben können. Daß aber da, wo der Gegenstand ein certum ist, ein getheiltes Fodern und Erfüllen möglich ist, glaube ich, bereits im Frühern dargethan zu haben.

## §. 9.

### Von dem Interesse und der Erlassung eines Theils einer Foderung.

In allem bisher Angeführten war von denjenigen Fällen die Rede, in welchen das ursprüngliche Object der Obligation Gegenstand der Petition und der Solution ist. Um aber den Satz durchzuführen, daß eine jede condictio incerti untheilbar ist, bleibt noch übrig darzuthun, daß, wenn aus einer obligatio incerta die Klage auf das ursprüngliche Object nicht mehr gerichtet werden kann, wie dies besonders der Fall ist, wenn etwas nicht zu thun Gegenstand der Obli-

gation war, und dagegen gehandelt ist, die condictio incerti auf das Interesse keine Theilung zuläßt. Wohl läßt es sich denken, daß der Creditor diese Klage nur auf einen Theil des Interesses, etwa auf die Hälfte desselben, den Worten nach anstellt, aber dadurch wird die Klage keinesweges wirklich getheilt. Muß bei der Feststellung des Interesses auf die Subjectivität Rücksicht genommen werden *), muß der Kläger das Interesse in stricti iuris iudiciis erst durch Beweismittel darthun, läßt sich mithin vorher die Quantität desselben nicht angeben, so kann der Gläubiger die Klage auf das Interesse nicht theilen, sondern indem er die Petition auf einen Theil, etwa die Hälfte richtet, so verlangt er nichts anderes, als daß die Erfüllung derjenigen obligatio certa, welche erst durch das richterliche Urtheil hervorgebracht werden soll, nur zur Hälfte geschehe. Der Richter muß nichts desto weniger — weil ein Theil nur in Bezug auf ein Ganzes gedacht werden kann — den Beweis für das ganze Interesse von dem Kläger verlangen, und

---

*) Gans röm. Obligationenrecht S. 94 u. folg.

dieses ganze Interesse so dann in einer res certa, in Geld festsetzen *). Aus diesem Judicat entsteht eine Obligation, welche certa ist, und nun ist es erst dem Creditor möglich, einen Theil zu fodern, und dem Debitor, einen Theil zu erfüllen. Soll hernach auch der übrige Theil gezahlt werden, so wird auf diesen nicht mehr mit der condictio incerti, sondern mit der actio iudicati geklagt. Die Obligation auf das Interesse ist incerta, weil das certum noch von dem richterlichen Urtheil, einem ungewissen zukünftigen Ereigniß, einer Bedingung abhängt; ist diese gehoben, so ist die Obligation certa. — Daß die Klage auf das Interesse ebenfalls eigentlich nicht getheilt wird, wenn mehr als Ein Creditor oder Ein Debitor ist, wird in dem folgenden Abschnitt zu zeigen sein.

So glaube ich nun, die verschiedenen Arten der obligationes stricti iuris, aus welchen eine condictio certi, oder incerti hervorgeht, angegeben, und gezeigt zu haben, daß wenn nur Ein Creditor und ein Debitor ist, die ersteren theil-

---

*) l. 13. §. 1. D. de re iudicata (42, 1).

bar, die letzteren untheilbar sind. Anders freilich verhält es sich, wenn ein Theil der Foderung nicht erfüllt, d. h. nicht durch wirkliches Leisten getilgt, sondern erlassen wird. Hierbei müssen andere Grundsätze aufgestellt werden, daß eine theilbare Foderung zum Theil auch erlassen werden kann, leidet keinen Zweifel*). Wohl aber ist es in Erwägung zu ziehen, ob dem Debitor ein Theil einer solchen Foderung erlassen werden kann, deren Solution keine Theilung zuläßt. Die Untheilbarkeit einer Obligation hat ihren Grund entweder in dem Object selbst, weil dieses schon seiner natürlichen Beschaffenheit nach untheilbar ist, wie ein jedes factum; oder die Untheilbarkeit ist erst in der Form der Obligation begründet, weil eine Theilung eine pluris petitio oder eine Solution in mehreren Theilen verschiedener Sachen bewirken würde. Es ist dies oben ausführlicher dargestellt worden. Der zweite Grund, welcher bei den alternativen und generellen Obligationen statt findet, fällt weg,

*) §. 1. I. quib. mod. tollitur oblig. (3, 29); l. 9, l. 10. D. de acceptilatione (46, 4); l. 7. pr. D. de liberatione legata (34, 3).

wenn es auf die Erlassung eines Theils ankommt. Ist ein Theil einer solchen Foderung erlassen, so wird dennoch der Creditor seine Petition nicht einfach, sondern alternativ oder generell auf den noch schuldigen Theil zu richten haben, dem Debitor sein Wahlrecht bleiben, und, da ein Theil nicht gezahlt, sondern gänzlich erlassen ist, die Erfüllung nur in einer und derselben Sache geschehen können. Gesetzt, der Gegenstand einer alternativen Obligation wäre eine gewisse Summe Geldes oder der Sclave Stichus, und der Creditor erläßt die Hälfte, so wird er nur noch die halbe Summe oder eine Hälfte an dem Stichus, nach des Debitors Wahl, verlangen können. Dieser mag nun das eine oder das andere geben, so geschieht doch in keinem Fall eine Solution in mehreren Theilen verschiedener Objecte. Dasselbe findet bei einer generellen Obligation statt. Daher kann ein Theil einer solchen Obligation durch Acceptilation erlassen werden*). — Ist hingegen der Gegenstand einer Foderung ein seiner natürlichen Beschaffenheit nach untheilbares Ob-

*) l. 17. D. de acceptilatione (46. 4).

ject, ein factum oder eine Servitut, und erläßt der Creditor einen Theil, so ist es gewiß, daß dessenungeachtet der Debitor sich nur durch die Leistung des ganzen Objects befreien kann, da dasselbe gar nicht möglicherweise getheilt werden kann: l. 13. §. 1. D. de acceptilatione (46, 4): Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat: acceptilatio in partem nullius erit momenti: utputa si servitus fuit praedii rustici, vel urbani. Aber wie ist zu entscheiden, wenn der Debitor das ursprüngliche untheilbare Object nicht leistet, und der Creditor nun auf das Interesse klagt, nützt alsdann dem Debitor die ihm früher geschehene Erlassung eines Theils, oder muß er das ganze Interesse entrichten, weil die Leistung des eigentlichen Objects nur ganz geschehen kann? Ulpian sagt in der angeführten Stelle ausdrücklich, die Acceptilation sei nullius momenti, ohne alle Wirkung. Ist das Interesse der Ersatz für die ursprüngliche Leistung, soll diese durch jenes repräsentirt werden, so muß auch in beiden gleich viel enthalten sein, mithin eben so gut wie das ganze eigentliche Object der Obli=

gation, auch das ganze Interesse geleistet werden. Und überhaupt sind ja unbestimmte Aeußerungen so auszulegen, wie sie am wenigsten binden *).

## §. 10.

### Schlußbemerkung.

Zum Schlusse dieses Abschnitts ist noch eine, oben schon vorläufig gemachte Bemerkung etwas näher zu erörtern, daß nähmlich, wenn auch eine Obligation theilbar ist, die Theilung selbst jedoch nur mit Zustimmung des Creditors so wie des Debitors gestattet ist. Wider Willen des Debitors ist der Creditor nicht berechtigt seine Klage zu theilen **), so wie er sich durch Ausschlagung eines Theils der Leistung, wenn ihm der Debitor das Ganze anbietet, in mora versetzt. Eben so wenig kann er aber auch wider seinen Willen von dem Schuldner zur Annahme

---

*) l. 38. §. 18. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 172. D. de reg. iur. (15, 17).

**) Arg. l. 38. D. de procuratoribus (3, 3); l. 10. Cod. de iudiciis (3, 1).

einer abschläglichen Solution gezwungen werden *). Beides liegt nicht in dem Begriffe der Theilbarkeit einer Obligation. Jedoch sind Einige **) anderer Meinung, nähmlich daß, wenn über die Art der Zahlung weiter nichts bestimmt ist, der Gläubiger zur Annahme eines Theils verbunden ist, und, wenn er dieselbe verweigert, sich des Verzuges schuldig macht. Die Stützen dieser Behauptung sollen besonders l. 21. D. de reb. cred. (12, 1) ***) und l. 4. Cod. de collatione fundorum patrimonialium (11, 64) sein. Beide Stellen beweisen aber eher das Gegentheil. In der ersten sagt Julian: die herrschende Mei-

*) l. 41. §. 1. D. de usuris (22, 1); l. 46. D. de solut. (46, 3); l. 9. Cod. eod. tit. (8, 43); l. 3. §. 5. D. de statu liberis (40, 7).

**) Scipio Gentilis l. c. Cap. 4.

***) „Quidam existimaverunt, neque eum, „qui decem peteret, cogendum quinque acci„pere, et reliqua persequi: neque eum, qui fun„dum suum diceret, partem duntaxat iudicio per„sequi: sed in utraque causa humanius facturus „videtur praetor, si actorem compulerit ad acci„piendum id, quod offeratur: cum ad officium „eius pertineat, lites diminuere.“

nung ist, der Creditor brauche einen Theil der Leistung nicht anzunehmen; indessen da es Pflicht des Prätors ist, Processe abzukürzen, so verlange es zwar nicht das strenge Recht, aber es wäre doch billig (humanius), wenn er den Kläger zur Annahme des Theils bewege (compulerit). Hieraus folgt nun eben, daß wenn dies dem Prätor nicht gelingt, der Kläger zur Annahme eines Theils nicht gezwungen werden kann *). Die angeführte l. 4. Cod. de collat. fund. patrimonialium aber beweist gerade zu, daß in der Regel kein Creditor ein theilweises Erfüllen sich braucht gefallen zu lassen, da in ihr den Staatspächtern die besondere Wohlthat ertheilt wird, abschlägliche Pachtzahlungen, jedoch nur in höchstens drei Terminen während eines Jahres, machen zu können.

*) Donellus Comment. ad Tit. D. de reb. cred. l. 21.

## Dritter Abschnitt.

### Von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit derjenigen obligationes stricti iuris, bei welchen auf beiden Seiten oder auch nur auf einer derselben mehrere Personen vorhanden sind.

#### §. 11.

#### Vorerinnerung.

Die folgende Darstellung hat diejenigen obligationes stricti iuris zum Gegenstand, bei welchen mehrere Creditoren oder Debitoren vorhanden sind, und es soll dargethan werden, welche von diesen Obligationen eine Theilung zulassen, welche nicht. Eine Obligation, bei welcher in beiden Subjecten, oder auch nur in dem einen oder dem andern mehrere Personen enthalten sind,

ist

ist entweder eine getheilte, wenn der einzelne der mehreren Creditoren dadurch befriedigt, oder der einzelne der mehreren Debitoren dadurch befreit wird, daß für denjenigen Antheil, welchen er an der Obligation hat, erfüllt ist; dagegen ist eine solche Obligation eine ungetheilte, in solidum, wenn die Leistung ganz, ohne Abzug geschehen muß, um eine Erfüllung und Befreiung zu bewirken. Unter obligatio in solidum wird nicht bloß eine solche Obligation verstanden, welche wir jetzt, im Gegensatz einer obligatio pro rata, gewöhnlich solidarisch nennen, wo von den mehreren Creditoren ein jeder das Ganze fodern kann, oder von den mehreren Debitoren ein jeder einzelne das Ganze zu leisten verbunden ist, jedoch der Art, daß das Ganze nur einmahl Gegenstand der Obligation ist, der Personen mögen noch so viele sein; sondern, wie gesagt, in solidum bedeutet überhaupt das Ganze im Gegensatz eines Theils, und eine obligatio ist in solidum sowohl, wenn Einer von mehreren das Ganze zu verlangen berechtigt, oder zu leisten verbunden ist, als auch wenn nur alle zusammen die Leistung verlangen können oder zu er=

füllen brauchen, jedoch immer nur das Ganze erfüllt werden muß *).

Hinsichtlich der obligatio pro rata und in solidum wird als Grundsatz des römischen Rechts gewöhnlich eine Regel aufgestellt, welche ungefähr dahin lautet: jede Obligation, bei welcher mehrere Creditoren oder Debitoren sind, ist im Zweifel pro rata, wenn ein theilbarer Gegenstand ihr Inhalt ist, und nicht ein besonderer Grund (Gesetz, Vertrag und Testament, wie andere sagen) eine solidarische Obligation ordnet. So allgemein diese Regel im Anfange lautet, so wenig ist mit ihr gesagt, da der letzte Zusatz, nähmlich wenn nicht ein besonderer Grund für die obligatio in solidum statt hat, so weit umfassend ist, daß die Regel dadurch ihre Allgemeinheit gänzlich verliert. Fragen wir nähmlich, worin dieser besondere Grund, außer Vertrag und Testament, bestehen kann, so finden wir die verschiedenartigsten Fälle

---

*) Ueber die Bedeutung des in solidum: Hugo's Civ. Mag. Bd. 4. Num. 11. S. 250. —

aufgezählt, bei welchen das Gesetz eine Ausnahme mache, oder es werden aus höchst speciellen Entscheidungen für einzelne Fälle die allgemeinsten Sätze gebildet *). Diejenigen Stellen, in welchen die Regel allgemeiner gefaßt ist, daß in Zweifel eine jede Obligation, bei welcher auf der einen oder der andern Seite mehrere Personen sind, pro rata ist, wenn ihr Wesen nur Theilung zuläßt, sind die diesem Abschnitte zu Grunde gelegten Fragmente: l. 2. §. 2 — 6, l. 3, l. 4, und l. 85. D. de verb. oblig. (45, 1); ferner l. 11. §. 1. u. 2. D. de duobus reis (45, 2) **). Daß diese Stellen bloß von der Stipulation, also einer obligatio stricti iuris reden, und auf obligationes bonae fidei,

---

*) Schweppe röm. Privatrecht §. 373.

**) Cum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum aureos stipulatos, neque adiectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulati videbantur. — Et e contrario, cum ita cautum inveniretur: tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus: spopondimus ego Antoninus Achilleus, et Cornelius Divus: partes viriles deberi: quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

bei welchen sich ganz andere Bestimmungen finden, nicht bezogen werden können (wie dies schon aus dem Begriffe des strengen Rechts und dem der Billigkeit hervorgeht), ist gänzlich übersehen worden. Und hierin liegt der Grund der Unbestimmtheit jener Regel. Man wollte die auf die obligationes b. f. sich beziehenden Entscheidungen mit der hinsichtlich der obligationes stricti iuris aufgestellten Regel vereinigen, und interpretirte in diese daher eine Ausnahme nach der andern hinein. Um dieses zu vermeiden, und diese Lehre, so wie sie sich, meiner Ansicht nach, in den Quellen vorfindet, darzustellen, wird zunächst in Ansehung der obligationes stricti iuris zu untersuchen sein, welche von ihnen in solidum, und welche pro rata sind. Nimmt aber das Princip des strengen Rechts stets nur auf die Natur der Sache und die simple Form Rücksicht, macht es nicht nach Verschiedenheit der einzelnen Umstände auch verschiedene Festsetzungen; so folgt hieraus schon, daß jede obligatio stricti iuris, bei welcher mehrere Personen auf der einen oder der andern Seite sind, pro rata ist, wenn sie eine Theilung zuläßt, und in so-

lidum, wenn dies nicht der Fall ist. Die Untersuchung aber, welche Obligationen des strengen Rechts, sowohl des Objects, als auch der Form wegen, unter mehrere Personen theilbar sind, und welche nicht, soll der Inhalt dieses Abschnittes sein.

Einige Bemerkungen müssen jedoch den einzelnen Erörterungen vorausgehen, um bei diesen desto kürzer sein zu können.

1) Alle Obligationen, bei welchen mehrere Personen auf der einen oder der andern Seite sind, können durch Uebereinkunft der Partheien *), und die Obligation aus dem Testament durch besondere Verordnung des Erblassers **) solidarisch werden.

2) Alle actiones poenales sind schon vermöge gesetzlicher Vorschrift in solidum ***).

Wenn daher in dem Folgenden untersucht werden soll, welche Obligation pro rata ist,

---

*) Tit. I. (3, 16) et D. de duobus reis (45, 2); Nov. 99. Cap. 1.

**) l. 8. §. 1. D. de leg. I. (30); l. 25. pr. D. de leg. III. (32).

***) l. 11. §. 2 und 4, l. 51. §. 2. D. ad leg. Aquiliam (9, 2); l. 21. §. 9. D. de furtis (47, 2);

welche in solidum, so setze ich dabei voraus, daß weder eine Uebereinkunft der Partheien, noch eine Bestimmung des Erblassers die Obligation zu einer solidarischen gemacht hat, noch auch daß aus ihr eine actio poenalis entsteht.

3) Mehrere Creditoren oder Debitoren können gleich Anfangs vorhanden sein, oder erst später dadurch entstehen, daß mehrere Erben an die Stelle Einer Person, die im obligatorischen Verhältniß gestanden hat, treten. Schon nach dem Gesetze der zwölf Tafeln *) sind alle theilbare **) Obligationen aus einer Erbschaft unter die Erben ipso iure getheilt, und die Schulden der Art, daß sogar der Erblasser nicht befugt ist, zum Nachtheil der Creditoren, einem der mehreren Erben einen größern Antheil, als auf seine Erbportion verhältnißmäßig kommt, zuzuordnen, wenn gleich die Erben unter sich an

l. 6. D. arborum furtim caesarum (47, 7) und andere Stellen.

*) l. 6. Cod. fam. herc. (3, 36); l. 1. Cod. si certum petatur (4, 2); Tit. Cod. si unus ex pluribus (8, 32); l. 1. Cod. de exceptionibus (8, 36); l. 25. §. 13. D. fam. herc. (10, 2). —

**) l. 192. D. de reg. iur. (50, 17).

einer solchen Verordnung gebunden sind *). Demnach gelten bei der Theilung einer Obligation unter mehrere Personen im Zweifel dieselben Grundsätze, sowohl wenn die mehreren Creditoren oder Debitoren gleich Anfangs, als auch wenn sie erst durch den Tod Einer Person als Erben vorhanden sind. Wenn ich daher in dem Folgenden zuweilen den letztern Fall annehmen werde, um auf diese Weise die dieser Abhandlung zu Grunde gelegten Fragmente zweckmäßiger erklären zu können, so soll dennoch nichts desto weniger das, was von dem einen Fall gesagt wird, auch von dem andern gelten.

---

*) l. 69. §. 2. D. de leg. I. (30); l. 25, l. 26. Cod. de pactis (2, 3); l. 20. §. 3, 5, 8. D. fam. herc. (10, 2). Eine Ausnahme könnte man vielleicht in l. 53. D. de leg. II. (31) finden wollen. Allein die actio de dote oder die actio rei uxoriae (welches dieselbe Klage ist, wie sich dies aus l. 2. §. 1. D. soluto matrimonio (24, 3) verglichen mit l. un. §. 14. Cod. de rei uxoriae act. (5, 13) ergiebt) ist bonae fidei; daß aber bei den obligationes b. f. andere Grundsätze statt haben, soll ja eben dargethan werden. Wird dagegen mit der actio ex stipulatu die dos gefodert, so treten wirklich die strengen Grundsätze ein: cit. l. 69. §. 2. D. de leg. I. und l. 20. §. 8. D. fam. herc.

Von den im Anfange unserer l. 85. de verb. oblig. aufgezählten vier Fällen (oben S. 11) wird mithin jeder einzelne in diesem Abschnitte einer Prüfung zu unterwerfen sein, und als Resultat sich die Regel ergeben, daß jede obligatio stricti iuris im Zweifel pro rata ist, wenn sowohl das Object der Obligation, als auch die Form derselben eine Theilung zuläßt.

## §. 12.

1) Obligationes stricti iuris, die gänzlich, d. h. sowohl hinsichtlich mehrerer Creditoren, als auch mehrerer Debitoren theilbar sind.

Aus der ausführlichen Darstellung im vorigen Abschnitte (§. 7.) geht, glaube ich, hinlänglich hervor, daß bei einer obligatio stricti iuris, welche schon an und für sich (ohne daß erst ihr Werth noch besonders hinzugefügt werden braucht) eine condictio certi begründet, durchaus kein Grund vorhanden ist, weshalb sie, wenn nur Ein Creditor und Ein Debitor einander gegenüber stehen, untheilbar sein sollte. Eben so wenig läßt sich eine Ursache angeben, derentwegen sie nicht unter m e h r e r e Personen sollte

pro rata getheilt werden können. Auch findet sich in Rücksicht dieser Klasse von Obligationen weder eine Dunkelheit in den Quellen, noch im Ganzen eine verschiedene Ansicht bei den Rechtsgelehrten. Die Obligation mag ihren Entstehungsgrund in der Stipulation *), dem Testament **), der grundlosen Aufopferung von Seiten des Creditors ***) oder endlich im Ge-

---

*) l. 11. §. 1 et 2. D. de duobus reis (45, 2); l. 54. pr. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 29, l. 94. §. 1. D. de solut. (46, 3).

**) l. 54. §. 3. D. de leg. I. (30); l. 1. §. 19. D. ut legatorum (36, 3); l. 17. D. de duobus reis (45, 2); Ulp. XXIV, §. 12 et 13.

***) l. 13. §. 2. D. de reb. cred. (12, 1); l. 19 §. 2 et 4. de cond. indeb. (12, 6). — Ist die condictio furtiva nicht poenalis, sondern rei persecutoria, entsteht sie aus einer grundlosen Vermögensaufopferung von Seiten des Creditors; so ist es auch ganz consequent, wenn sie gegen mehrere Erben nur pro rata zusteht. Und dies scheint mir auch der Inhalt der l. 9. D. de cond. furt. (13, 1) zu sein. Nur ist dabei zu beachten, daß in solidum nicht bloß dem pro rata, dem pro parte virili, sondern jedem Abzuge vom Ganzen entgegengesetzt ist (S. oben S. 97 u. 98). Ulpian sagt daher in der citirten l. 9. de cond. furt.: mit der condictio furtiva kann von dem Erben des Diebes nicht, wie bei der Pönalklage, nur so viel, als

setz *) haben, der Inhalt derselben mag in einer bestimmten Geldsumme, oder in einer andern genau bestimmten körperlichen Sache bestehen **), immer wird sie sowohl in Ansehung der mehreren Creditoren, als auch Debitoren pro rata sein. Da aber Geld das regelmäßige, das am leichtesten zu bestimmende certum ist, und von den römischen Juristen deshalb gewöhnlich als Beispiel

---

von der gestohlnen Sache auf ihn gekommen ist, verlangt werden, sondern das Ganze, ohne Abzug, und in so fern ist die condictio auch in solidum: „In „condictione ex causa furtiva non pro „parte, quae pervenit, sed in solidum „tenemur, dum soli heredes sumus.“ Hingegen in einer andern Bedeutung ist die condictio nicht in solidum, in so fern nähmlich sie dem pro rata entgegengesetzt ist. Wenn also der Dieb mehrere Erben hinterläßt, so haftet ein jeder von ihnen nur pro portione hereditaria: „pro parte autem he- „res, pro ea parte, pro qua heres est, te- „netur.“ — l. 157. §. 2. D. de reg. iur. (50, 17); l. 7. §. 1. D. depositi (16, 3). Ant. Faber. coniect. lib. 4. Cap. 1.

*) Dies geht schon daraus hervor, daß die Pönalklagen, welche im Gesetz ihren Entstehungsgrund haben, ausdrücklich von der Regel ausgenommen sind. S. oben S. 101.

**) S. oben S. 105 Not. *.

bei einer obligatio certa gebraucht wird, so führt auch Paulus in unserer l. 85. §. 1. eine solche Obligation als Beispiel an:

Prima*) species pertinet ad promissorem pecuniae certae: nam et petitio et solutio ad portiones hereditarias spectat.

Ja selbst wenn eine solche obligatio certa durch Uebereinkunft der Partheien in solidum wird, und nachher an die Stelle Eines correus mehrere Erben treten, so bleibt die Obligation zwar in so fern in solidum, daß die mehreren Erben zusammen das Ganze fodern können, oder zu leisten haben; unter die Erben selbst aber ist das Ganze getheilt**).

Eine Folge der obligatio pro rata ist natürlich, daß wenn der eine Creditor seinen Antheil erhalten hat, der andere aber nicht, jener mit diesem den Schaden eben so wenig zu theilen hat, als der zahlungsfähige Debitor für den

---

*) in qua a singulis heredibus divisum aliquid consequi possumus.

**) arg. l. 49. §. 1. D. de fideiiussoribus (46, 1).

andern zahlungsunfähigen zu erfüllen verbunden ist *).

Ferner wenn bei einer obligatio pro rata Einer der mehreren Debitoren das Ganze gezahlt hat, so wird er für seinen Antheil befreit, und das Uebrige kann er mit der condictio indebiti zurückfodern **).

Von denjenigen Obligationen des strengen Rechts, welche deshalb eine condictio certi hervorbringen, weil ihr Werth in einer res certa besonders angegeben ist, kann erst weiter unten (§. 15.) gehandelt werden.

## §. 13.

2) Obligationes stricti iuris, welche Theilung unter mehrere Creditoren, nicht aber unter mehrere Debitoren zulassen.

Es folgen nun diejenigen obligationes stricti iuris, welche bloß für mehrere Creditoren theilbar sind, gegen mehrere Debitoren aber in so-

---

*) l. 33. pr. D. de leg. II. (31); l. 3. in f. D. de alim. v. cib. leg. (34, 1).

**) l. 25. D. de solut. (46, 3).

lidum zustehen. Daß der Gegenstand solcher Obligationen seiner Natur nach theilbar sein muß, geht schon daraus hervor, daß jeder einzelne der mehreren Creditoren seinen Antheil verlangen kann. Die Vorschrift aber, daß die Debitoren dennoch das Ganze geben müssen, hat den Zweck, zu verhüten, daß, da den Debitoren die Wahl unter mehreren Objecten zusteht, die Erfüllung nicht in mehreren Theilen verschiedener Sachen geschehe. Daß mithin hierher alle diejenigen Obligationen zu rechnen sind, welche erst ihrer Form wegen untheilbar, incertae werden, deren Inhalt aber eine ihrer natürlichen Beschaffenheit nach theilbare Sache ist, also die generellen und alternativen Obligationen, ergiebt sich aus dem, was schon oben (§. 6.) hinsichtlich dieser gesagt ist. Nehmen wir an, der Gegenstand einer Obligation wäre ein bestimmter Sclave oder eine Summe Geldes, alternativ, und zwar nach des Debitors Wahl; sind nun mehrere Creditoren, so kann ein einzelner von ihnen weder einfach, auf die Hälfte Eines der beiden bestimmten Objecte, noch alternativ, auf den ganzen Sclaven oder die ganze Summe seine Petition richten.

In dem erstern Fall würde er plus causa*), in dem andern plus re**) fodern. Er kann also nur alternativ, und pro rata klagen. Die Erfüllung der Obligation muß aber in solidum geschehen; widrigenfalls würde von den mehreren Debitoren, wegen des ihnen zustehenden Wahlrechts, der eine die Hälfte des Sclaven, der andere die Hälfte der Summe geben können, und auf diese Weise das nicht geleistet werden, was Gegenstand der Obligation ist. Erhält der eine von den mehreren Creditoren seinen Antheil früher, als der andere, so tritt aus demselben Grunde für den gegebenen Theil keine Solution ein, und es kann dieser condicirt werden***). — Dasselbe findet auch, wie aus einer frühern Darstellung folgt, bei der generellen Obligation statt†).

Unsere Texte lauten darüber also:

---

*) §. 33. vers. „Huic autem" I. de actionibus (4, 6).

**) ibid. vers. „Re."

***) l. 26. §. 14. D. de cond. indeb. (12, 6); l. 34. §. 1. D. de solut. (46, 3).

†) S. oben S. 63 u. folg.

l. 2. §. 1 et 2. D. de verb. oblig.

. . . . quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari? Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur.

l. 85. §. 4. D. eod. tit.

Pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest: veluti cum stipulatus sum hominem incertum: nam petitio eius scinditur, solvi vero nisi solidus non potest; alioquin in diversis hominibus recte partes solventur: quod non potuit defunctus

facere, ne, quod stipulatus sum, consequar. Idem iuris est, si quis decem millia aut hominem promiserit.

Die mehreren Debitoren müssen sich daher zur Leistung eines der mehreren Objecte vereinigen*). Geschieht dies nicht, so kann der Einzelne nur dadurch sich befreien, daß er das Ganze erfüllt. Ist dieser ein Miterbe, so kann er sich, um seinen Regreß gegen die übrigen Miterben zu nehmen, der actio negotiorum gestorum, oder auch der actio familiae herciscundae**) bedienen***). In der angeführten l. 2. §. 2.

*) l. 12. D. de optione legata (33, 5). Der Erbe kann seinen Miterben durch die actio fam. herc. dazu anhalten: l. 18. §. 4. D. fam. herc. (10, 2).

**) l. 3. Cod. de neg. gest. (2, 19); l. 18. §. 1. Cod. fam. herc. (3, 36); l. 18. §. 3. D. eod. tit. (10, 2). S. auch den folgenden Paragraphen.

***) Ob überhaupt von mehreren solidarisch Verpflichteten derjenige, welcher das Ganze geleistet hat, eine Klage gegen die übrigen hat, welche er dadurch befreit, dies ist controvers. Das Richtigere scheint zu sein, daß in der Regel keine Regreßnehmung statt hat, weil derjenige, welcher das Ganze zahlt, nur dasjenige thut, wozu er für seine Person verpflichtet ist: l. 39. D. de fideijussoribus (46, 1). Jedoch muß außer dem

§. 2. de verb. oblig. giebt *Paulus* den Grund der Untheilbarkeit der Solution bei den genannten Obligationen mit folgenden Worten an: „*non* „*enim ex persona heredum conditio* „*obligationis immutatur.*" Wie allgemein diese Regel zu nehmen sei, darüber ist unter

---

dem Fall, wenn die Mitschuldner sich dazu untereinander verpflichtet haben, noch die Ausnahme eintreten, wenn die correi zugleich auch Gesellschafter sind. — Ant. Faber lib. XI. Coniectur. Cap. 6—18; Vinnius select. quaest. lib. 1, Cap. 6. — Von einem solchen Socialverhältniß ist auch l. 2. Cod. de duobus reis (8, 40) zu verstehen. Ferner, und wovon hier eigentlich zu handeln ist, wenn eine Solution nur in solidum nicht sowohl deshalb statt hat, weil die mehreren Debitoren durch Vertrag oder Testament dazu verpflichtet sind, sondern weil die Natur der Obligation keine Theilung zuläßt, so kann der Einzelne, welcher das Ganze geleistet hat, von den übrigen mit der actio negotiorum gestorum Ersatz fodern. Denn hier ist eigentlich ein jeder nur für seinen Theil verpflichtet, da aber keine theilweise Erfüllung möglich ist, so ist der einzelne Debitor, wenn nicht alle zusammen erfüllen wollen, nothgedrungen, um sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien, das Ganze zu leisten. Er leistet daher nicht bloß, was er für seine Person schuldig ist, sondern er handelt auch für seine Mitverpflichteten: arg. l. 3. §. 10, l. 39, l. 43. D. de neg. gest. (3, 5); l. 3, l. 18. Cod. eod. tit. (2, 19).

den Rechtsgelehrten viel Zweifel entstanden. Gewöhnlich will man sie nur auf die generelle und alternative Obligation beschränken. Einer weitern Beziehung soll entgegenstehen, daß, wenn eine einfache res certa Gegenstand der Obligation ist, der alleinige Debitor nicht berechtigt ist, wider Willen des Creditors die Solution zu theilen *), hingegen nur pro rata gegen die mehreren Erben des Schuldners geklagt werden kann **), mithin bei einer einfachen obligatio certa die conditio obligationis durch die Erben verändert werde. Allein so wird jene Regel auf specielle Fälle eingeschränkt, ohne zuvor bestimmt zu haben, was eigentlich mit ihr gesagt wird. Cujacius ***) dreht sich bei der Erklärung derselben in Zirkel herum. Seine Worte sind folgende: „Quod si promissus sit homo incertus, vel Stichus et Pamphilus sicut promissor non liberatur, nisi solido homine dato, ita nec heredes singuli. Et ita ex persona heredum conditio obligationis non immutatur,

---

*) S. oben §. 10.

**) S. oben §. 12.

***) Comm. ad. tit. D. de verb. oblig. l. 2. §. 2

id est haec obligatio non divivitur sicuti pecuniae et rei certae.“ Duaren *) spricht der Regel die Allgemeinheit ab, und will sie bloß auf die generis obligatio bezogen haben, aber er meint, sie wäre doch auch anwendbar, wenn sonst ein Grund dazu eintrete. Wir lesen bei ihm: „Cave putes, thesin sive regulam generalem a Paulo hic tradi. Loquitur de generis obligatione. Itaque si quaeratur in universum, an ex persona heredum conditio obligationis mutetur, nihil aliud possumus respondere, nisi spectandam esse rationem — ut, cum ratio eadem apparebit, obligatio naturam suam retineat“ **). Verhielte sich aber die Sache wirklich also, und liegt es in dem Begriffe des Erben, daß er durchgängig in die Stelle des Erblassers tritt, so hätte es doch wohl der Beantwortung der Frage werth sein sollen, weshalb bei einigen Obligationen die conditio obligationis durch die Erben verändert werde, bei andern nicht. Wenn auch ich den Grund hiervon

*) Comm. ibid.

**) S. auch Donellus Comm. eod. looc. — de Retes l. c. Cap. 1. §. 3.

nicht angebe, so geschieht dies, weil ich der Meinung bin, daß jene Regel allgemein, bei allen Obligationen, statt hat, daß sogar ihre Sphäre noch weiter ist, als sie von Paulus angegeben wird, daß nähmlich überhaupt die conditio obligationis nicht geändert werden kann, ohne daß die Obligation selbst gänzlich aufhört, oder durch Uebereinkunft der Partheien eine ganz andere an ihre Stelle tritt *). Die conditio obligationis, das Wesen einer Obligation, bleibt unverändert, wenn die ursprünglichen Partheien wirklich dieselben bleiben — der Creditor derselbe wenigstens zu bleiben scheint **) —, und weder das Object noch die Form der Obligation eine Veränderung erleidet ***). Eine solche Umgestaltung darf nun auch durch die Vererbung einer Obligation nicht eintreten. Der Erbe tritt in die Stelle des Erblassers, sind es mehrere Erben, so repräsen-

*) l. 5. Cod. de O. et A. (4, 10).

**) Daher der procurator in rem suam bei der Cession.

***) Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 4. S. 23 am Ende.

tiren sie ihn alle zusammen *). So wenig also, wie die Person des ursprünglichen Subjects durch die Erben verändert wird, eben so wenig darf auch Object und Form eine Veränderung erleiden. Der Umstand, daß bei einer obligatio rei certae der Erblasser das Ganze zu leisten verbunden war, unter die Erben aber die Verpflichtung getheilt wird, bewirkt keine Veränderung. Dadurch daß jeder Erbe seinen Theil zahlt, erhält der Creditor genau dasselbe, was der Erblasser zu leisten verpflichtet war. Ob jeder einzelne Erbe zahlungsfähig ist, gehört nicht zum Wesentlichen der Obligation. Die Zahlungsfähigkeit konnte ja beim Erblasser ebenfalls zweifelhaft sein. Der Creditor kann auch gleich nach angetretener Erbschaft die Erfüllung von jedem Erben, und wenn die Geltendmachung der Foderung erst noch von einer Bedingung oder einer Zeit abhängig, und Zahlungsunfähigkeit zu befürchten ist, Caution verlangen **). — Hingegen wenn die Obliga-

*) Omnis numerus eorum pro singulari persona est habendus: l. 56. D. de cond. et dem. (35, 1)

**) l. 31. D. de reb. auct. iudicis (42, 5). Cuiacius Obs. lib. 18. Cap. 39.

tion generell oder alternativ ist, so würde durch die Theilung der Schuld unter mehrere Erben das Wesen der Obligation, deren Form oder Object nähmlich, eine Veränderung erleiden. Jene dadurch, daß wenn der eine Erbe seinen Antheil erfüllt hat, die übrigen genöthigt würden, nur durch Leistung des andern Theils derselben Sache sich zu befreien; dieses, wenn den übrigen Erben dennoch das Wahlrecht bliebe, aber die Solution auf diese Weise in mehreren Theilen verschiedener Sachen geschehen könnte.

Wenn nun hiernach bei den alternativen und generellen Obligationen die Solution nicht getheilt werden kann, so ist hingegen kein Grund vorhanden, weshalb Einem der mehreren Debitoren sein Theil nicht sollte erlassen werden können. Die Erlassung des Theils Eines der mehreren Debitoren würde die Folge haben, daß die andern Debitoren nur noch für den übrigen Theil verpflichtet blieben. Da aber der erlassene Theil gar nicht gezahlt wird, so geschieht durch die Erfüllung des übrigen Theils, es mag dieser von dem einen oder dem andern Objecte gegeben werden, nie eine Solution in mehreren Theilen

verschiedener Sachen. Dasselbe findet auch statt, wenn der Creditor gegen Einen der mehreren Debitoren geklagt hat, und dieser für seinen Antheil frei gesprochen worden ist; es kann alsdann der Creditor nur noch den Antheil der übrigen Debitoren fodern. Wird dieser von ihnen entrichtet, so ist die Obligation erfüllt. Und dies ist auch der Inhalt der Worte in unserer l. 2. §. 3. de verb. oblig.

Si tamen hominem stipulatus, cum uno ex heredibus promissoris egero: pars duntaxat caeterorum obligationi supererit, ut et solvi potest. Idemque est, si uni ex heredibus accepto latum sit.

Damit diese Stelle zu der vorangegangenen Darstellung genau passe, wird noch eine kurze Erörterung jener nöthig sein. Wird freilich schon von demjenigen, welcher erst einen Prozeß beginnt, gesagt, daß er klage, so ist es doch gewiß, daß das bloße Klagen dem Creditor nicht schaden *), und also auch nicht die Folge haben kann, daß er nunmehr nicht, wie früher, von

*) l. 86, l. 87. D. de reg. iur. (50, 17).

jedem einzelnen Debitor das Ganze, sondern nur von dem Beklagten den einen Theil und von den übrigen Schuldnern den andern Theil zu fodern berechtigt sein solle, und demnach auch eine Zahlung in mehreren Theilen verschiedener Sache annehmen müsse. Daß mit dem Worte „egero“ die Beendigung des Processes angezeigt wird, liegt auch schon in dem futuro praeterito *), Paulus würde sonst ago gesagt haben. Indessen auch wenn nach Beendigung des Processes der Creditor gegen Einen der mehreren Debitoren gesiegt hat, so ist doch kein Grund einzusehen, weshalb er nun schlechter daran sein solle, als wie wenn er gar nicht geklagt hätte. Es bleibt also nichts übrig, als zu dem Worte „egero“ auch noch et succubuero hinzu zu denken, so wie dieser Zusatz öfter auch bei dem Worte petiero **) zu machen ist. Daß aber, wenn Ein Debitor für seinen Antheil frei gesprochen ist, durch die Leistung des übrigen Theils ab-

*) l. 11. §. 9. D. de except. rei iud. (44, 2); l. 22. D. de act. rer. amot. (25, 2).

**) z. B. mehrere Mahle in l. 7. D. de except. rei iud. (44, 2) und in vielen andern Stellen.

seiten der andern Debitoren keine Erfüllung in mehreren Theilen verschiedener Sachen geschieht, ist bereits oben dargethan worden. Auch daraus, daß Paulus diesen Fall dem gleich setzt, wenn Einem der mehreren Debitoren sein Theil durch Acceptilation erlassen ist*) — also dem Creditor die Leistung dieses Theils gar nicht geschieht, und auf diese Weise keine Solution in mehreren der Wahl unterworfenen Objecten geschehen kann —, geht wiederum hervor, daß das Wort egero nur in der angegebenen Bedeutung zu verstehen ist**).

## §. 14.

3) Von den gänzlich, d. h. sowohl hinsichtlich mehrerer Creditoren, als auch mehrerer Debitoren untheilbaren obligationes stricti iuris.

Es ist bereits im vorigen Abschnitt (§. 5.) dargethan worden, daß alle Servituten mit Ausnahme des Nießbrauchs, so wie alle Handlungen

---

*) l. 17. D. de acceptilatione (46, 4).

**) Duarenus Comm. ad tit. D. de verb. oblig. l. 2. §. 2. — Donellus Comm. ibid. ist anderer Meinung.

untheilbar sind, und daher diejenigen Obligationen, deren Gegenstand sie ausmachen, nicht getheilt werden können, wenn nur Ein Creditor und Ein Debitor einander gegenüber stehen. Schon hieraus geht deutlich hervor, daß Obligationen dieser Art (also solche, die schon ihres Gegenstandes wegen incertae sind) auch nicht unter mehrere Personen pro rata getheilt werden können, da das Object selbst nicht denkbar eine Theilung zuläßt. Indessen die Erörterung einiger dunklen Stellen, so wie der dessenungeachtet eingeschlichenen gewöhnlichen Ansicht, man müsse zwischen theilbaren und untheilbaren Handlungen unterscheiden, wird hier ihren Platz finden.

I) Aus einer Obligation, deren Inhalt die Bestellung einer Servitut zum Vortheil oder Nachtheil eines Mehreren gemeinschaftlich zustehenden Grundstücks ist, kann jeder einzelne der mehreren Creditoren *) nur in solidum klagen, und jeder einzelne der mehreren Debitoren **)

---

*) l. 17. D. de servitutibus (8, 1); l. 4. §. 3. D. si servitus vindicetur (8, 5).

**) l. 17. cit.; l. 4. §. 4. D. si serv. vind. (8, 5), l. 7. D. de servitute legata (33, 3); l. 80. §. 1.

nur in solidum belangt werden. Hat einer der Verpflichteten das Ganze geleistet*), so tritt dadurch auch für die übrigen Debitoren Befreiung ein, und jener kann gegen diese als negotiorum

---

D. ad leg. Falcid. (35, 2). — Wenn Ulpian l. 6. §. 4. si serv. vind. (8, 5) sagt, daß bei der servitus oneris ferendi gegen den einzelnen der mehreren Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht in solidum geklagt werden kann, so bezieht sich dies auf die bei dieser Servitut ausnahmsweise stattfindende Verbindlichkeit zur Ausbesserung des Gebäudes, weil kein Miteigenthümer solche ohne Zustimmung des andern vornehmen darf: l. 8. D. de serv. praed. urb. (8, 2); l. 28. D. comm. div. (10, 3); de Retes l. c. Cap. II. §. 18.

*) Soll die Servitut einem allen Debitoren gemeinschaftlichen Grundstücke aufgelegt werden, so kann dies von einem einzelnen der mehreren Debitoren nicht geschehen, weil ihm nur ein Theil des Grundstücks zusteht, und das ganze Grundstück wegen der Untheilbarkeit der Servitut dienend wird. Er kann daher für sich allein die Obligation nur dadurch erfüllen, daß er das ganze Interesse prästirt: l. 2. D. de servit. (8, 1). Cuiacius Comm. ad tit. D. de verb. oblig. l. 2. §. 2. Donellus Comm. ibid. — Sind aber Mehrere verpflichtet, ein ihnen nicht gemeinschaftliches Grundstück dienstbar zu machen (da jemand auch eine Dienstbarkeit desjenigen Grundstücks versprechen kann, welches er nicht besitzt: l. 25. §. 10. D. fam. herc.), so kann der einzelne Debitor sich auch dadurch befreien, daß er die ganze Servitut selbst bestellt.

gestor *), und wenn es ein Miterbe ist, durch das iudicium familiae herciscundae **) seinen Regreß nehmen. Klagt aber Einer der mehreren Creditoren, so hat er seine Petition allerdings auf die ganze untheilbare Servitut zu richten. Siegt er mit seiner Klage, so hat er hierdurch nicht nur sich, sondern auch seinen Mitberechtigten das Recht erstritten ***). Indessen nur klagen und siegen kann der einzelne, nicht aber die erstrittene Servitut erwerben, weder für seinen Antheil, da sich die Servitut nicht theilen läßt, noch die ganze Servitut, weil sie dadurch dem ganzen Grundstücke, an welchem er nur einen ideellen Theil hat, erworben wird. Die Erwerbung muß daher von sämmtlichen Mitberechtigten zusammen geschehen. So wenig Einer von mehreren Eigenthümern das gemeinschaftliche Grundstück mit einer Servitut belasten kann, eben so wenig kann er demselben eine

---

*) l. 39, l. 40. D. de neg. gest. (3, 5).

**) l. 25. §. 10. D. fam. herc. (10, 2).

***) l. 4. §. 3. D. si serv. vind. (8, 5).

Servitut erwerben *). Es liegt dies so sehr in der Natur der Sache, daß sich eine eigentliche

---

*) l. 2. D. de servit. (8, 1); l. 5. D. communia praedior. (8, 4). — Interessante Anwendungen macht Marcellus l. 3. D. de servitute legata (33, 3): 1) Wenn dem Mävius und dem Titius zusammen ein bestimmter fundus legirt ist, dem ersteren allein aber auch für seinen Theil das ius viae über ein anderes Grundstück, so ist das legatum viae ohne Wirkung, wenn von beiden der fundus erworben wird, weil Mävius die Servitut für seinen Antheil nicht erwerben kann. 2) Ist jemanden ein Grundstück unter einer Bedingung, und das ius viae für dasselbe unbedingt per vindicationem hinterlassen, so erlischt das legatum viae, weil bei einem legatum vindicationis das Recht sogleich auf den Legatar übergeht, dieser aber die Wegegerechtigkeit dem Grundstücke, welches er noch nicht besitzt, nicht erwerben kann. 3) Ist ein Theil eines Grundstücks pure, der andere unter Bedingung, und die Wegegerechtigkeit unbedingt per vindicationem hinterlassen, und zur Zeit des Todes des Erblassers schwebt die Bedingung noch, so erlischt wiederum das legatum viae, weil der Legatar für denjenigen Theil des Grundstücks, welcher allein zur Zeit auf ihn übergeht, die Servitut nicht erwerben kann. 4) Wenn zweien Eigenthümern eines Grundstücks das ius viae auf ein benachbartes hinterlassen ist, und zwar dem einen für seinen Theil pure, dem andern unter einer Bedingung, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch schwebt, so erlischt das Legat für denjenigen, welchem die Servitut pure vermacht ist, weil er sie zum Theil nicht erwerben kann; und wenn

Theilung, wie sie das strenge Recht fodert, gar nicht denken läßt *). Ob ein Grundstück frei oder dienend, mit einer Gerechtigkeit versehen oder nicht versehen ist, zeigt doch nur die Qualität desselben an **); nach dieser aber kann ja keine Theilung geschehen ***). So wie kein Mensch halb frei und halb Sclave sein kann, sagt de Retes †) richtig, eben so wenig läßt sich ein Grundstück für den einen ideellen Theil frei, für den andern mit einer Dienstbarkeit behaftet denken.

Hingegen ist die Servitut einem Grundstück bereits erworben, und wird dieses hernach ge-

---

später die dem andern hinzugefügte Bedingung eintritt (pendente conditione dies cessisset ist wohl am Ende der Stelle mit Cujacius: Obs. Cap. 23. zu lesen), so kann auch dieser die Dienstbarkeit nicht erwerben, weil das Legat für den Theil des ersteren bereits erloschen ist.

*) Diese Ansicht, glaube ich, mag wohl nicht, wie Schrader (a. a. O. S. 288) meint, nur in sehr rohen und unbehülflichen Zeiten ein wahres Hinderniß abgeben können.

**) l. 86. D. de verb. sign. (50, 16).

***) S. oben S. 33 u. folg.

†) l. c. Cap. II. §. 1.

theilt, so erlischt dadurch so wenig die Servitut, als wie sie eine Theilung erleidet; sie bleibt nach wie vor bei dem Grundstück *). Geschieht die Theilung des Grundstücks ideell, und können mehrere Miteigenthümer zusammen dem gemeinschaftlichen Grundstück eine Servitut erwerben, so giebt der Umstand, daß früher nur Ein Eigenthümer gewesen ist und jetzt mehrere Eigenthümer sind, noch keinen Grund ab, weshalb die Servitut verloren gehen sollte. Nicht ein jeder von ihnen hat einen ideellen Theil der Dienstbarkeit, dies ist nicht möglich, die Servitut ist nicht theilbar; sie steht vielmehr dem ganzen Grundstück zu, und alle Besitzer desselben können sie ausüben. Daher wenn eine bereits erworbene Dienstbarkeit nicht der Art ist, daß sie nur an einem gewissen Theile des Grundstücks haftet, wie z. B. die servitus tigni immittendi, sondern an dem ganzen Grundstück, wie dies bei dem iter, aquae ductus u. s. w. der Fall sein kann, so geht sie durch eine reelle Theilung des Grundstücks nicht nur nicht verloren, son=

*) l. 23. §. 3. D. de serv. praed. rust. (8, 3).

dern, sie bleibt bei allen Theilen des Grundstücks. Aber dadurch wird sie selbst nicht getheilt, sie haftet unverändert ganz an demselben Grundstück. Auch hier macht der Umstand, daß früher nur Ein Eigenthümer gewesen ist, jetzt aber mehrere Eigenthümer sind, aus der einen Servitut nicht mehrere Theile derselben *); oder man müßte sagen, daß gleich Anfangs so viele Servituten waren, als sich reelle Theile des Grundstücks denken lassen, von welchen jedem einzelnen eine Servitut zugestanden hätte **), also unzählige Servituten waren!

Kann demnach nur mit Einwilligung aller Creditoren die Servitut dem gemeinschaftlichen Grundstück erworben werden, so wird dadurch die Erfüllung der Obligation, wenn auch nicht unmöglich, doch schwierig, weil der eine oder der andere der Creditoren dadurch, daß er seine Einwilligung zur Erwerbung verweigert, die Leistung verhindern kann. Tritt nun ein solcher Fall ein, so

---

*) Die ursprüngliche Dienstbarkeit ist also nicht, wie Schrader (l. c. S. 299) meint, getheilt.

**) l. 23. §. 3. D. de serv. praed. rust. (8, 3).

so wird dennoch die Obligation für denjenigen, welcher die Servitut hat erwerben wollen, nicht ohne Wirkung bleiben: derjenige, welcher die Erwerbung verhindert hat, muß ihm das Interesse ersetzen, und der Miterbe kann hierzu in dem iudicium familiae herciscundae angehalten werden.

Das bisher Dargestellte ist in unserer l. 2. §. 2. D. de verb. oblig. enthalten, wie sich solches aus ihr selbst und aus andern Stellen ergiebt. Die Worte in l. 2 §. 2. cit., welche hierher gehören, lauten also:

Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via: heredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coheredibus familiae herciscundae iudicio. Ex quo quidem accidere Pomponius *) ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes, singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant,

---

*) l. 17. D. de servitutibus (8, 1).

quia per singulos acquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis *).

Deswegen, weil mehrere Erben des Stipulators sind, sagt Paulus, erlischt die Stipulation nicht, die Leistung wird dadurch nur schwierig, und weigert sich Einer der mehreren die Servitut zu er-

---

*) Es würde zu weit führen, die manchfachen Erklärungen besonders der Endworte dieser Stelle: „sed „non facit inutilem stipulationem dif-„ficultas praestationis“ anzuführen. Duaren (Comm. ad tit. D. de verb. obl. l. 2. §. 2.) giebt folgende Erklärung dieser Worte: „Cum dicimus difficultatem, sive impossibilitatem acquisitionis inutilem facere stipulationem, id de stipulatione non de praestatione intelligi, quoniam in praestatione difficultas non est, si stipulatio iam contracta est.“ Sollte aber nicht Paulus gerade das Gegentheil sagen? Scipio Gentilis (l. c. pag. 139 in f.) erklärt folgender Art: „Non inutilis erit actori stipulatio: quia licet non possit servitutem acquirere, neque unum commodum servitutis, aut cessionem; tamen agendo consequitur a promissore aestimationem servitutis pro sua parte, sive quatenus ipsius interest.“ Allein aus welchem Grunde soll der Debitor, welcher bereit ist, die versprochene Servitut zu leisten, deshalb, weil der einzelne der mehreren Creditoren die Servitut nicht erwerben kann, verpflichtet sein, das Interesse zu prästiren?

werden, so wird deshalb die Stipulation für denjenigen, welcher sie hat geltend machen wollen, nicht unwirksam, dieser kann das Interesse in dem iudicium fam. herc. fodern. Hierauf passen auch die vorangehenden Worte: *Ex quo quidem accidere etc.* Aus demjenigen nähmlich, was vorher gesagt ist, daß derjenige Erbe des Debitors, welcher das Ganze leistet, sich in der Erbtheilungsklage an seine Miterben halten kann, folgt, daß auch von den mehreren Erben des Creditors ein jeder einzelne auf das Ganze klagen kann; denn wenn ihm auch nachher die Erwerbung der Servitut durch den einen oder den andern seiner Miterben verhindert wird, so kann er doch eben so gut, wie der Erbe des Debitors mit der actio familiae herciscundae sein Interesse wahrnehmen.

Eine ähnliche Entscheidung findet sich in einer andern Stelle des Paulus. Wenn nähmlich bei einem generellen Legat dem Legatar das Wahlrecht zusteht, und dieser, bevor er gewählt hat, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, so werden diese das Legat nur erlangen können, wenn sie sämmtlich dasselbe Object wählen. Ver-

hindert aber Einer von ihnen die Erwerbung des Legats dadurch, daß er seine Zustimmung verweigert, so soll er in der Erbtheilungsklage, den übrigen das Interesse zu erstatten, verurtheilt werden können. Die Stelle ist l. 25. §. 17. D. fam. herc. (10, 2) und lautet also:

Si incerto homine legato, et postea defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedierit legatum, is, qui impedit, hoc iudicio ceteris, quanti intersit eorum, damnabitur. Idem est, si e contrario unus ex heredibus, a quibus generaliter homo legatus est quem ipsi elegerint, noluerit consentire, ut praestetur, quem solvi omnibus expediebat, et ideo conventi a legatario iudicio, pluris damnati fuerint.

Noch ein Fragment des Paulus ist hier anzuführen, weil die in demselben enthaltenen Gegensätze zur Erläuterung der obigen Darstellung dienen können:

l. 140. §. 2. D. de verb. oblig. (45, 1).

Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum

est: ecce stipulari viam, iter, actum ad fundum communem, socius non potest: et tamen si is, qui stipulatus fuerat, quos heredes reliquerit, non extinguitur stipulatio: et per partem dominorum servitus acquiri non potest: acquisita tamen conservatur et per partem domini: hoc evenit, si pars praedii servientis, vel cui servitur, alterius domini esse coeperit*). Wenn Einer von zweien oder mehreren Miteigenthümern dem gemeinschaftlichen Grundstück eine Servitut stipulirt, so ist die Stipulation inutilis; denn er allein kann die Servitut nicht erwerben, mit dem andern Miteigenthümer zusammen kann die Erwerbung nicht geschehen, da dieser sich die Servitut gar nicht stipulirt hat, und deshalb kann auch nicht jener von diesem die Leistung des Interesses verlangen **). Dagegen wenn sämmtliche Besitzer eines gemeinschaftlichen Grundstücks die Servi-

---

*) S. auch l. 8. §. 1. D. de servit. (8, 1).

**) Dasselbe tritt ein, wenn ein alleiniger Eigenthümer dem Grundstück eine Servitut stipulirt, und einen Theil desselben vor Errichtung der Servitut veräußert: l. 136. §. 1. D. de verb. oblig. (45, 1).

tut sich versprechen lassen, oder, was auf dasselbe hinausläuft, wenn das Versprechen dem alleinigen Eigenthümer eines Grundstücks geschieht, und derselbe mehrere Erben hinterläßt, so ist die Stipulation nicht unwirksam; denn erwerben alle zusammen die Dienstbarkeit, so wird dadurch die Obligation erfüllt, und wenn auch ein einzelner seine Zustimmung verweigert, so können doch die übrigen deshalb von diesem das Interesse verlangen *). Ferner wenn gleich Einer von mehreren Miteigenthümern für seinen ideellen Antheil dem gemeinschaftlichen Grundstück keine Servitut erwerben kann, weil diese untheilbar ist, so erlischt dennoch eine bereits dem ganzen Grundstück erworbene Servitut weder zum Theil, noch ganz dadurch, daß der bisherige alleinige Eigenthümer nur noch einen Theil des Grundstücks behält. Die Dienstbarkeit steht dem Grundstück, nicht den Inhabern desselben zu, ob diese in größerer oder geringerer Anzahl sind, dadurch wird die Servitut nicht getheilt **).

---

*) l. 19. D. de serv. praed. rust. (8, 3).

**) S. oben S. 127 u. 128.

Eine Confusion tritt erst dann ein, wenn das ganze herrschende und das ganze dienende Grundstück Eigenthum eines und desselben Subjects werden *). Wenn daher selbst der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden, oder umgekehrt der des dienenden Miteigenthümer des herrschenden wird, so tritt keine Confusion, weder zum Theil, noch ganz ein: die Dienstbarkeit steht nach wie vor im ersten Fall gegen das ganze dienende, im andern Fall dem ganzen herrschenden Grundstück zu. Da aber in jenem Fall dem Eigenthümer des herrschenden, in diesem dem des dienenden Grundstücks die Servitut nur in so weit nützlich oder lästig sein kann, als jener am dienenden, dieser am herrschenden Grundstück noch einen Miteigenthümer hat, so wirkt die Servitut nur für einen Theil des Eigenthums. Deshalb ist sie aber nicht zum Theil erloschen, sondern sie haftet immer noch an dem ganzen Grundstück, sie ist, wie gesagt, für einen Theil des Eigenthums nur eine Zeitlang nutzlos geworden.

---

*) l. 1. D. quemad. servit. amittuntur (8, 6); l. 30. D. de serv. praed. urb. (8, 2).

Veräußert daher derjenige Miteigenthümer des einen Grundstücks, welcher zugleich alleiniger Eigenthümer des andern ist, entweder sein Miteigenthum oder das ungetheilte dominium, so erhält die ganze Servitut, ohne daß es einer neuen Errichtung bedarf, für oder gegen alle Theile des Grundstücks ihre volle Wirkung wieder. Dies würde aber nicht der Fall sein können, wäre ein Theil der Servitut wirklich erloschen gewesen *). So sagt denn auch Paulus in den angeführten Worten der l. 140. §. 2. D. de verb. oblig.: „*acquisita tamen conservatur et per partem domini*,“ nicht aber, daß die Servitut für den Theil des andern Miteigenthümers verloren gehe. Zur Bestärkung dieser Erklärung kann, glaube ich, auch eine Stelle von Papinian l. 34. pr. D. de serv. praed. rust. (8, 3) angeführt werden: Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire, agere, nihil agit: et ideo, si duo praedia, quae mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitu-

---

*) l. 30. D. de serv. praed. urb. (8, 2).

tes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri remitti non potest: quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personae, sed praedia deberent, neque adquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit.

Daher wenn ein Grundstück, welches zweien andern Grundstücken dient, von denen ein jedes seinen besondern Eigenthümer hat, von diesen beiden Eigenthümern in Gemeinschaft gekauft wird, so bleibt dennoch die Servitut bestehen. Hingegen wenn einem gemeinschaftlichen Grundstück ein anderes dient, und die Eigenthümer jenes auch dieses gemeinschaftlich kaufen, so daß nun ein jeder Miteigenthümer an dem einen Grundstück eben so viel, als an dem andern hat, so erlischt die Servitut ganz:

l. 27. D. de serv. praed. rust. (8, 3).

Si communi fundo meo et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in commune redemerimus, servitus extinguitur: quia par utriusque domini ius in utroque fundo esse incipit. At si proprio meo et proprio tuo idem serviat, manebit servitus: quia

proprio fundo per communem servitus deberi potest.

Mit den Endworten dieser Stelle, so wie mit dem Satz, daß, wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden, oder umgekehrt der des dienenden Miteigenthümer des herrschenden wird, die Servitut auch nicht zum Theil erlischt, steht nun aber keinesweges der Inhalt der l. 26. D. de serv. praed. urb. (8, 2) im Widerspruch, welche also lautet: In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit. Mit diesen Worten, glaube ich, entscheidet Paulus, daß wenn Mehreren intellectuelle Theile an einer Sache zustehen, der eine Miteigenthümer für seinen Theil keine Servitut auf den ideellen Theil des andern Miteigenthümers erwerben kann, weil alsdann, indem die Servitut sich wegen ihrer Untheilbarkeit über die ganze Sache erstreckt, jeder Theil sich selbst dienen würde, was eben so wäre, als wie wenn ein ideeller Theil eines Menschen, Sclave des andern Theils sein sollte.

Anders verhält es sich, wie bereits dargethan ist, wenn auf ein gemeinschaftliches Grundstück einem andern Grundstück Eines der Miteigenthümer eine Servitut zusteht: da dient nicht ein Theil dem andern. Daher auch die Entscheidung von Paulus in l. 40. D. de serv. praed. urb. (8, 2): Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestras immisisse respondi. Eine gemeinschaftliche Wand setzt regelmäßig zwei benachbarte Grundstücke voraus. Nun kann allerdings dem einen Grundstück das ius luminis immittendi zustehen, und es dient alsdann zwar die gemeinschaftliche Wand, aber nicht ein ideeller Theil derselben dem andern. —

Wenn eine etwas ausführlichere Darstellung über die Untheilbarkeit der Servituten nöthig war, so glaube ich, auch noch die Ansicht Schraders, deren schon hier und da Erwähnung geschehen ist, um so mehr herausheben zu müssen, da sie der von mir versuchten Darstellung gerade entgegen gesetzt ist. Die Regel, daß Dienstbarkeiten nicht für einen Theil eines Grundstücks haben erworben werden können, meint Schra-

der*), sei ursprünglich sowohl auf wirklich abgetheilte, als auf bloß gedachte Theile des Grundstücks gegangen. Er schließt dies daraus, weil die Worte per partes, pro parte beide Arten von Theilen bezeichnen; ferner weil da, wo in Beziehung auf wirklich abgeschiedene Theile die Theilbarkeit zugelassen wird, die dafür aufgestellten Gründe ganz den Gang nehmen, als ob eine neue Ausnahme gerechtfertigt werden soll; es heiße nähmlich nicht, daß diese Art von Theilung bei der alten Regel nicht gemeint sei, als vielmehr ein abgeschiedener Theil sei kein Theil, sondern ein eigenes Grundstück, eine eigene Dienstbarkeit: l. 6. §. 1. D. commun. praed. (8, 4); l. 16. D. quemad. serv. amitt. (8, 6); l. 6. D. de serv. (8, 1). Hierzu komme endlich, wie Schrader meint, der wichtige Grund, daß die Zertheilung einer servitus viae in die in derselben enthaltenen iter et actus noch von Ulpian l. 13. §. 1. D. de acceptilatione (46, 4) für unzulässig erklärt wird, ein Fall, da die alte Regel auch auf Theile an=

---

*) a. a. O. S. 289 u. folg.

gewandt werde, die man nicht bloß gedachte nennen könne, sondern die auch für abgeschiedene gelten könnten. So weit Schrader. — Indessen daß die Servitut selbst weder reell noch ideell getheilt werden kann, ist, wie ich glaube, hinlänglich dargethan. Wenn daher die römischen Juristen im Allgemeinen sagen, daß pro parte oder per partem (deutlicher pro parte domini) keine Servitut erworben werden kann, so folgt, daß dies nur auf ideelle Theile eines Grundstücks geht, sowohl aus der Natur der Sache, als auch daraus, daß deutlicher gesagt wird, für einen reellen Theil könne eine Servitut bestellt werden. Es wird in diesem Fall auch keine Ausnahme von der Regel gemacht, weil alsdann nicht, wie Schrader glaubt, eine Theilung der Servitut zugelassen wird, dies ist nicht möglich; sondern weil dem bestimmten Theile des Grundstücks die ganze Servitut erworben wird; weil es wirklich in dem Begriffe eines abgeschiedenen Theils eines Grundstücks liegt, daß dieser wieder ein Ganzes derselben Qualität bildet. Es läßt sich auch durchaus kein Grund einsehen, weshalb in dem neuern oder ältern Recht die Errichtung einer

Servitut für einen bestimmten reellen Theil eines Grundstücks nicht habe zulässig sein sollen. Es giebt ja der Servituten so viele, welche sich in der Regel nur auf einen reellen Theil eines Grundstücks beschränken, z. B. die servitus tigni immittendi, oneris ferendi, proiiciendi u. s. w. Sollten alle diese Servituten, da sie doch auf und für einen bestimmten Theil eines Grundstücks errichtet werden, im alten Recht nicht haben statt finden können? Dies will freilich Schrader nicht behaupten, es folgt aber nothwendig aus seiner Ansicht. Schon oben*) ist bemerkt worden, daß nicht alles dasjenige, was der gewöhnliche Sprachgebrauch Theil nennt, auch rechtlich so genannt werden kann. Nicht ein jeder einzelne Bestandtheil eines Ganzen, nicht ein Einzelnes von dem Manchfachen, aus welchem das Ganze besteht, habe ich oben gesagt, macht einen eigentlichen Theil dieses aus, weil jeder Theil von derselben Qualität, als das Ganze sein muß. Wenn daher Ulpian in der angeführten l. 13. §. 1. D. de acceptilatione, gestützt auf

*) S. 35. Not. **.

den Grundsatz, daß die in einer Stipulation versprochene Leistung nur ganz oder zum Theil erlassen werden kann, die Acceptilation hinsichtlich des iter oder actus, wenn die servitus viae versprochen ist, für unzulässig findet, so giebt er den Grund in dem gleich darauf folgenden §. 2. an, weil iter und actus eigentlich nicht Theile, sondern Bestandtheile der servitus viae sind.

Ferner meint Schrader*), die Beschränkung der Dienstbarkeiten im alten Recht solle so weit gegangen sein, daß selbst derjenige Vertrag, in welchem alle die verschiedenen Miteigenthümer eines Grundstücks sich eine Dienstbarkeit haben versprechen lassen, ungültig sei. Dies soll daraus folgen, weil, wie Paulus l. 2. §. 2. de verb. oblig. berichtet, Einige der Meinung waren, wenn der Eine, welcher sich eine Dienstbarkeit habe versprechen lassen, mit Hinterlassung mehrerer Erben sterbe, nun die Versprechung, weil eine Dienstbarkeit nicht theilweise erworben werden könne, erlösche. Sobald aber die alte Strenge gegen die Dienstbarkeiten sich etwas gemildert

*) a. a. O. S. 294 u. 295.

hätte, habe auch diese Ansicht natürlich aufgegeben werden müssen. Die Schwierigkeit der Vereinigung der Mehreren zu einer gleichzeitigen Bestellung könne, da sie nicht Unmöglichkeit ist, keinesweges als hindernd betrachtet werden (non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis). So milder habe man gewiß zu Paulus Zeiten gedacht, welcher jene Ansicht nur als die einiger Rechtsgelehrten, nicht als die richtige und noch zur Zeit gültige aufführe*). — Allein wo findet sich irgend eine Spur, daß im alten Recht die Beschränkung der Erwerbung von Servituten wegen ihrer Untheilbarkeit weiter gegangen sei, als sie noch im neuern Recht, welches streng der Natur der Sache gefolgt ist, statt findet? Was berechtigt uns zu schließen, daß, wenn in den Rechtsquellen ein Jurist eines andern Juristen Ansicht tadelt — welches doch so häufig der Fall ist —, diese in frühern Zeiten herrschend und geltend gewesen sei? Wie viele falsche und schielende Grundsätze müßten alsdann

*) Ebendas. S. 302 am Ende.

alsdann im alten römischen Recht geherrscht haben!

II) Zu den gänzlich untheilbaren Obligationen gehören aus demselben Grunde alle obligationes stricti iuris in faciendo, weil ebenfalls der Gegenstand dieser Obligationen, jedes factum, schon seiner Natur nach keine Theilung zuläßt *). Sind mehrere Creditoren, so kann ein jeder einzelne von ihnen das Ganze verlangen, und von mehreren Debitoren ist jeder einzelne in solidum verpflichtet:

l. 85. §. 2. de verb. oblig.

Secunda **) ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.

Die Handlung mag eine positive oder eine negative, und jene der Art sein, daß sie, nachdem sie verrichtet ist, noch eine sichtbare Spur hinterläßt, wie dies bei der Verfertigung eines

*) S. oben S. 37.

**) sc. species, ubi totum peti necesse est, nec divisum praestari potest: vid. pr. eiusd. leg.

Werks und dergleichen *) der Fall ist, oder sie mag von der Beschaffenheit sein, daß, nachdem sie geleistet ist, keine sichtbare Spur von ihr zurück bleibt, immer ist sie untheilbar, und sie kann als Gegenstand einer obligatio stricti iuris von einem einzelnen der mehreren Creditoren oder Debitoren nur in solidum gefodert oder geleistet werden. Nur mit dem Unterschied, daß, wenn die Obligation auf eine positive Handlung geht, der einzelne der mehreren Debitoren, welcher das Ganze geleistet hat, von den übrigen verhältnißmäßig Entschädigung verlangen kann **). Bei den negativen Handlungen kann dies nicht eintreten, weil dadurch, daß Einer nicht gegen die Obligation handelt, die übrigen von ihrer Verbindlichkeit nicht befreit werden.

Ein Anderes ist es, wenn die Obligation, deren Inhalt die Leistung einer Handlung ist, nicht erfüllt wird, und deshalb das Interesse gefodert werden kann. Besteht dieses nähmlich

*) l. 72. pr. D. de verb. oblig. (45, 1.); l. 11. §. 23. 24. D. de leg. III. (32); l. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. (35, 2.).

**) l. 44 §. 8. D. fam. herc. (10, 2.).

in dem, was die Leistung dem Berechtigten in Bezug auf seine Subjectivität werth gewesen wäre*); so folgt hieraus, daß wenn mehrere Creditoren sind, und sämmtliche gleichen Antheil an der Foderung haben, dennoch das Interesse des einen größer, als das des andern sein kann. Es kann daher wegen dieser Verschiedenheit nicht jeder einzelne auf das Interesse aller klagen. Ein jeder muß das seinige erst durch Beweis darthun. Wenn nun gleich einem jeden Creditor die Klage auf das Interesse nur nach seinem Antheil an der Foderung zusteht, so kann man dennoch eigentlich nicht sagen, daß die Klage auf das Interesse unter die mehrere Creditoren getheilt sei, sondern ein jeder klagt auf sein ganzes Interesse, welches zu dem der übrigen gar nicht in dem Verhältniß zu stehen braucht, wie die einzelnen Theile der Obligation selbst zu einander. Daher, wenn eine positive Handlung nicht erfüllt ist, wird stets ein jeder der mehreren Berechtigten auf sein Interesse klagen können; denn

---

*) l. 24. D. de reg. iur. (50, 17); l. 13. D. rem ratam haberi (46, 8.); Gans röm. Obligationenrecht S. 118. u. folg.

allen ist durch die Nichterfüllung ein Verlust entstanden. Anders ist es bei negativen Handlungen: dadurch, daß der Debitor seiner Verbindlichkeit nicht nachgekommen ist, braucht nicht in allen Fällen einem jeden der mehreren Creditoren ein Verlust entstanden zu sein. Dies ist z. B. der Fall, wenn Mehreren versprochen ist, sie in der Ausübung einer Servitut, etwa einer Wegegerechtigkeit, nicht zu stören, und der Debitor hat dennoch Einen von den mehreren Berechtigten gehindert, so wird hierdurch für den Gestörten, nicht aber für die übrigen ein Interesse entstehen, und es kann die Leistung desselben daher auch nur von jenem, nicht von diesen verlangt werden *).

Umgekehrt, wird eine obligatio in faciendo, bei welcher mehrere Debitoren sind, nicht erfüllt, so kann gegen alle auf das Interesse geklagt werden. Nicht nur wenn eine Obligation, deren Gegenstand eine positive Handlung ist, unerfüllt ge-

---

*) l. 2. §. 6. D. de verb. oblig. (45, 1.). Die ausführlichere Erklärung dieser Stelle kann erst weiter unten geschehen.

blieben ist; sondern auch wenn eine Obligation in non faciendo besteht, und Einer der Debitoren die der Verbindlichkeit zuwiderlaufende Handlung vorgenommen hat, kann nicht nur gegen diesen Einen, sondern auch gegen alle übrigen die Klage auf das Interesse gerichtet werden *). Geschieht sodann die Verurtheilung in eine bestimmte Summe Geldes **), in ein certum, so ist ein jeder einzelne der mehreren Debitoren dieses nur pro rata zu erlegen schuldig ***), und diejenigen, welche nicht selbst gegen die Obligation gehandelt haben, können gegen jenen Einzelnen ihren Regreß nehmen †). Es ist dem Begriffe einer Handlung ganz zuwider, und nirgends begründet, bei negativen Handlungen zwi-

---

*) l. 131. pr. D. de verb. oblig. (45, 1.).

**) l. 13. §. 1. D. de re iud. (42, 1.).

***) l. 72. pr. D. de verb. oblig. (45, 1.): Celsus tamen libro 38. Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione facta dandam esse petitionem.

†) l. 25. §. 12, l. 44. §. 5. D. fam. herc. (10, 2).

schen theilbaren und untheilbaren zu unterscheiden, wenn sich freilich ein solcher Unterschied bei allen Rechtsgelehrten, welche diesen Gegenstand behandelt haben, findet. Ich will die Ansicht Buchers *), welche die gewöhnliche ist, mit dessen eigenen Worten anführen: „Im Fall eine negative Handlung Gegenstand einer Forde„rung ist, d. h. der Schuldner etwas nicht thun „zu wollen versprochen hat, so tritt bald Theil„barkeit ein, bald nicht, denn nicht alle negati„ven Handlungen sind untheilbar. So oft hier „nemlich die vertragswidrige Handlung nur Ei„nem für seinen Theil zugerechnet werden kann, „so ist auch die Handlung natürlich selbst „als theilbar zu betrachten. Gesetzt, es hat „jemand mit seinem Schuldner den Vertrag ein„gegangen, nichts weiter von ihm verlangen zu „wollen, so kann nach seinem Tode jeder von sei„nen Erben diesen Vertrag nur theilweise ver„letzen, indem er den auf ihn fallenden Theil „verlangt. Der einzelne Erbe, welcher gegen „den Vertrag handelt, ist daher auch nur für

*) Das Recht der Forderungen §. 41.

„seinen Theil gehalten, das Interesse, und wenn „eine Strafe bestimmt worden ist, diese zu er„legen. — Die negativen Handlungen sind hin„gegen untheilbar, so oft, wenn Einer ge„gen den Vertrag handelt, es so angesehen wer„den muß, als wenn Alle dagegen gehandelt „hätten. Gesetzt, daß bei dem Vertrage, etwas „nicht hindern zu wollen, auch nur ein Einziger „von Mehreren ein Hinderniß bereitet, so wird „gleich der Vertrag im Ganzen verletzt, das Hin„derniß des Einzelnen schadet eben so sehr, als „wenn Alle gehindert hätten. Wer z. B. von ei„nem Einzelnen gehindert wird, über ein Grund„stück zu gehen, wird eben so gehindert, als „wenn er von Allen gehindert worden wäre; „das Hinderniß Aller würde dieselbe Wirkung „gehabt haben. Wegen der vertragswidrigen „Handlung des Einzelnen ist daher auch nicht „etwa bloß dieser Einzelne für seinen Theil, son„dern es sind deshalb Alle mit einander gehal„ten, wiewohl sie gegen den vertragswidrig „handelnden Einzelnen ihren Regreß nehmen kön„nen.“ Allein nach dieser Ansicht wird das Interesse der Handlung, im Fall diese nicht erfolgt,

mit der Handlung selbst verwechselt. Alle negativen Handlungen ohne Ausnahme sind untheilbar; wie läßt sich eine getheilte Handlung auch nur denken? Wird daher auch nur von einem einzelnen mehrerer Debitoren gegen die Verbindlichkeit gehandelt, so sind dennoch alle zur Leistung des Interesses dem Creditor verpflichtet. Freilich giebt es negative Handlungen, wo, wenn nur Einer der mehreren Debitoren dagegen handelt, das Interesse des Creditors kleiner sein wird, als wie wenn alle dagegen handeln; und wiederum giebt es negative Handlungen, bei welchen das Interesse gleich ist, es mag nur von Einem oder von allen die der Verbindlichkeit zuwiderlaufende Handlung vorgenommen sein. Jenes findet bei den s. g. theilbaren, dieses bei denjenigen Handlungen statt, welche allein gewöhnlich untheilbare genannt werden. Allein weil im ersten Fall das Interesse kleiner oder größer ist, je nachdem von einem einzelnen der mehreren Debitoren oder von allen gegen die Obligation gehandelt ist, deshalb läßt weder die Handlung, noch die Obligation, deren Gegenstand sie ist, eine Theilung zu. Die Klage auf das Interesse

wird stets gegen alle Debitoren gerichtet werden können. — Die Eintheilung in theilbare und untheilbare negative Handlungen, und der hierauf gegründete Satz, daß wenn ein einzelner von den mehreren Debitoren einer Obligation, deren Gegenstand ein s. g. theilbares factum ist, zuwider handelt, die Klage auf das Interesse nur gegen diesen, nicht gegen alle angestellt werden könne, wird allerdings auf eine unserer Stellen, auf l. 4. §. 1. de verb. oblig. gestützt, in welcher von einem factum individuum im Gegensatz eines factum, quod divisionem recipit, die Rede ist, und wo sodann auch jene gewöhnliche Ansicht berichtet wird. Allein daß diese Stelle, wie es mir scheint, ganz anders, als gewöhnlich, erklärt werden muß, und gerade das Gegentheil beweist, kann erst im folgenden Paragraphen, wo von der einer Obligation hinzugefügten poena gehandelt werden wird, dargethan werden. Vorläufig sei nur bemerkt, daß in dem auf jene Stelle folgenden Fragment (l. 5. §. 4. de verb. oblig.) ausdrücklich gerade das Gegentheil gesagt wird. — Auch die auf das Dargestellte Bezug habenden übrigen Worte aus unsern Frag-

menten können, weil in ihnen zugleich auch von der poena die Rede ist, erst im folgenden Paragraphen angeführt werden.

## §. 15.

4) Eine obligatio stricti iuris ist der Art, daß zwar die Klage stets auf ein Ganzes gerichtet werden kann, die Leistung dieses aber sowohl den mehreren Creditoren, als von den mehreren Debitoren nur pro rata geschieht.

Heißt solidum, wie Hugo *) richtig bemerkt, überhaupt das Ganze, und ist diesem solidum ein jeder Abzug entgegengesetzt (nicht bloß der, weil nicht Einer allein, sondern Mehrere bezahlen oder etwas fodern), so wird dies bei Erläuterung des von Paulus angeführten vierten Falls hinsichtlich der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen unter mehrere Creditoren oder Debitoren um so mehr zu berücksichtigen sein, weil hier von einer Obligation gesagt wird, daß aus ihr in solidum geklagt werden kann, und sie dennoch pro rata ist. Es findet dies

*) Civilist. Mag. Bd. 4. Num. XI.

nähmlich bei derjenigen obligatio stricti iuris statt, welcher eine poena hinzugefügt ist. In den meisten Fällen, wo ein solches Strafquantum hinzugefügt wird, ist wohl die Obligation in faciendo, um das incertum der Handlung in ein certum zu verwandeln. Aber auch wenn der Gegenstand einer obligatio stricti iuris ein certum ist, wird es für den Creditor öfter rathsam sein, sich eine poena zu stipuliren, weil ohne Hinzufügung dieser im Nichterfüllungsfall die aestimatio rei, nicht aber das Interesse gefodert werden kann. Ist aber eine poena angegeben, so ist das ursprüngliche Object gar nicht mehr in obligatione, sondern nur in solutione *); die Klage geht nur auf das Strafquantum, sie ist daher eine condictio certi, und steht deswegen sowohl mehreren Creditoren, als gegen mehrere Debitoren nur pro rata zu.

Eine andere Frage aber ist es: wenn einer theilbaren Obligation, deren Gegenstand eine res certa ist, eine poena hinzugefügt ist, und die bestimmte Sache, wenn auch nicht allen Credi-

---

*) S. oben S. 76 u. 77.

toren, doch einigen, und wenn schon nicht von allen Debitoren, doch von dem einen oder dem andern für seinen Antheil geleistet ist, kann alsdann die Strafe dessenungeachtet ganz oder nur zum Theil gefodert werden? Dieselbe Frage findet bei einer obligatio in faciendo, welcher eine poena hinzugefügt ist, statt. Wenn nähmlich entweder nur gegen einen einzelnen der mehreren Creditoren, oder von einen einzelnen der mehreren Debitoren wider die Obligation gehandelt wird, kann alsdann im erstern Fall dennoch von allen Creditoren, im andern Fall gegen alle Debitoren die ganze Strafe, oder nur von demjenigen Creditor allein, gegen welchen gehandelt ist, und nur wider denjenigen Debitor, welcher seiner Verpflichtung zuwider gehandelt hat, pro rata die Strafe eingeklagt werden? Und hier gilt nun der Grundsatz, daß die Strafe, da sie auf den Fall bedungen ist, wenn der ihr zu Grunde liegenden Verbindlichkeit nicht nachgekommen wird, ganz (in solidum) erlegt werden muß, sobald auch nur Einer der Debitoren seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat, oder auch nur Einem der Creditoren die Leistung nicht gesche-

hen ist. Die Klage auf die poena selbst ist jedoch für die mehreren Creditoren und gegen die mehreren Debitoren nur pro rata. Anders verhält es sich, wie bereits im vorigen Paragraphen dargethan ist, wenn einer obligatio in non faciendo keine poena hinzugefügt ist, und die Klage im Nichterfüllungsfall auf das Interesse geht: da wird nur derjenige, welcher ein Interesse dabei hat, daß gegen die Obligation gehandelt ist, und zwar nur auf so viel, als sein Interesse beträgt, klagen können.

Nach dieser Darstellung, glaube ich, werden auch folgende hierher gehörende Stellen aus unsern Fragmenten erklärt sein:

l. 85. §. 5. 6. de verb. oblig.

In solidum vero agi oportet, et partis solutio affert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur: sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur. — Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum

dari? nisi totus detur, poena committitur centum: nec prodest partes fundi tradere*), cessante uno **).

Hat sich der Käufer einer Sache das duplum, oder irgend eine andere poena auf den Fall stipulirt ***), wenn die ihm übertragene Sache evincirt werden sollte, und sind der Auctoren mehrere, oder mehrere Erben Eines Auctors; so kann im Fall der Eviction stets auf das ganze duplum, ohne Abzug (in solidum), die Klage angestellt werden. Allen den mehreren Auctoren, so viel ihrer sind (in solidum),

---

*) Paulus sagt tradere und nicht dare, weil, so lange nicht der ganze fundus gegeben ist, die gegebenen einzelnen Theile noch nicht Eigenthum des Empfängers werden, und diese Theile wieder zurück gegeben werden müssen, wenn hernach noch die ganze poena gegeben sein sollte.

**) sc. herede.

***) Daß in der angeführten Stelle die Klage auf Evictionsleistung aus einer Stipulation herrührt, geht sowohl daraus hervor, daß Paulus in der ganzen l. 85. de verb. oblig. von Stipulationen handelt, als auch aus l. 139. eod. tit., wo Venulejus denselben Fall fast mit denselben Worten anführt und entscheidet.

muß lis denunciirt werden; alle müssen bewirken, daß dem Käufer die Sache nicht aus einem vor der Uebertragung stattgehabten Grunde abgestritten werde, um sich von der Strafe des duplum befreien zu können. Fällt aber auch nur Einer für seinen Antheil aus, so muß dennoch die ganze Strafe von sämmtlichen Auctoren, jedoch nur pro rata, geleistet werden. Dasselbe findet statt, wenn jemand ein bestimmtes Grundstück zu geben versprochen, und im Fall er dies nicht erfüllen sollte, sich zu einer poena anheischig gemacht hat. Hinterläßt dieser nun mehrere Erben, so nützt es dem einzelnen von diesen nicht, daß er für seinen Antheil das Grundstück gegeben hat, so lange nicht das Ganze geleistet ist: wenn auch nur Ein Theil fehlt, geht die Klage auf das ganze Strafquantum*), jedoch nur pro rata.

Ferner l. 2. §. 5. 6. eod. tit.

Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita

---

*) Quia nihilum prodest ad poenam evitandam, partem suam solvere: l. 25. §. 13. D. fam. herc. (10, 2); l. 5. §. 4. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 13. §. 2. D. de reb. dub. (34, 5).

stipulatus fuero, per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat *)? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit: tenentur quidem et coheredes eius, sed familiae herciscundae iudicio ab eo repetent quod praestiterint: hoc et Iulianus et Pomponius

---

*) Diese Stipulation, welche in faciendo besteht, ist sehr zu unterscheiden, von derjenigen, in welcher die Bestellung einer Servitut versprochen wird, die also in dando ist; welches jedoch öfters verwechselt wird: S. z. B. Glosse zu l. 2. §. 1 de verb. oblig; de Retes l. c. Cap. 1, num. 23. — Diese Stipulation per te non fieri etc. geht nicht auf die Bestellung, sondern auf die Ausübung der Servitut; sie kann nicht nur mit demjenigen, welcher die Servitut bestellt hat, sondern auch mit jedem andern eingegangen werden; l. 38. §. 6. vers. „Cum vero" D. de verb. oblig. — Labeo war allerdings der Meinung, daß diese Stipulation statt der Tradition der Servitut sei, Javolenus tadelt jedoch diese Ansicht: l. 20 D. de servitutibus: Javolenus lib. V. ex Posterioribus Labeonis. Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure uti possit: quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse. — Scipio Gentilis l. c. Cap. 19.

nius probant. — Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte eius, qui prohibitus est: nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur: sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur: sive poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio.

Wenn jemand versprochen hat, daß weder er, noch seine Erben den Stipulator in der Ausübung des ius itineris oder actus hindern sollen (also eine negative Handlung), und nachher Einer von den mehreren Erben des Promissors ein Hinderniß bereitet, so soll der Stipulator sein Interesse nicht nur von demjenigen, welcher gegen die Obligation gehandelt hat, fodern können, sondern auch von den übrigen Miterben, welchen jedoch gestattet ist, in der Erbtheilungsklage gegen jenen ihren Regreß zu

nehmen *). Ist hingegen der Stipulator mit Hinterlassung mehrerer Erben gestorben, und nur Einer von diesen ist gehindert worden, so muß unterschieden werden: ist keine Strafe der Stipulation hinzugefügt, geht mithin die Klage auf das Interesse, so kann nur derjenige, welcher wirklich gestört ist, ein Interesse haben, und solches fodern, welches, da nur Einer gehindert ist, allerdings kleiner sein wird, als wenn allen ein Hinderniß bereitet wäre. Hingegen ist dieser Stipulation ein Strafquantum auf den Nichterfüllungsfall beigefügt, so tritt jener Grundsatz ein, daß, sobald gegen das Versprechen gehandelt worden ist, die ganze Strafe gefodert werden kann, wenn auch nicht alle Erben des Stipulators gestört worden sind, sondern nur Einer.

Nach dem strengen Recht können also in diesem Fall alle Creditoren auf die Erlegung der poena klagen. Da aber auch bei der obligatio stricti iuris die exceptio doli statt hat, so ist Paulus der Meinung, daß diese denje-

*) l. 25. §. 12. D. fam. herc. (10, 2).

nigen, welche gar nicht gehindert sind, entgegengesetzt werden kann.

Desselben Inhalts ist das unmittelbar darauf folgende Fragment Ulpians:

l. 3. D. eod. tit.

Idem iuris est in illa stipulatione, mihi heredique meo habere licere *). §. 1. Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit: nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur: quia hic non quaerimus cuius intersit: enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti, a nemine prohiberi.

---

*) Diese Stipulation, in welcher der Promissor verspricht, daß weder dem Stipulator, noch dessen Erben ein Recht entzogen werden solle, ist die Formel für die Stipulation auf Evictionsleistung: l. 11. §. 8. 18. D. de act. emt. (19, 1.); l. 8, l. 21. §. 1, l. 57. D. de evictionibus (21, 2); l. 38. D. de verb. oblig. (45, 1). — Cuiacius ad Africanum Tract. VI. ad l. 24 de evictionibus; eiusd. Paratitla in lib. VIII. Cod. Tit. 44. de evictionibus.

Ulpian entscheidet hier nach dem strengen Recht unbedingt, daß, wenn Einem der mehreren Erben des Stipulators das Recht für seinen Theil entzogen worden ist, allen Erben die Strafe verwirkt ist, und setzt sogar nicht einmahl hinzu, daß denjenigen, welche nicht gestört sind, die exceptio doli entgegengesetzt werden könne.

Dieselbe Entscheidung ist in der darauf folgenden Stelle des Paulus enthalten:

l. 4. pr. eod. tit.

Eadem dicemus, et si dolum abesse a te heredeque tuo stipulatus sim, et aut promissor, aut stipulator pluribus heredibus relictis decesserit.

Es mag also bei einer obligatio in non faciendo nur von Einem der mehreren Erben des Promissors, oder von allen gegen das angelobte factum gehandelt sein, immer wird die Klage gegen alle gehen. — Gegen diese Ansicht wird nun l. 4. §. 1. de verb. oblig. angeführt. Zu Folge dieser Stelle soll, wie bereits im vorigen Paragraphen *) gezeigt ist, bei den nega-

---

*) oben S. 149 u. folg.

tiven Handlungen zwischen theilbaren und untheilbaren unterschieden werden müssen. Bei jenen soll, wenn nur Einer der mehreren Debitoren gegen die Obligation handelt, nur von diesem das Interesse, und wenn eine poena hinzugefügt ist, solche nicht von allen Debitoren, sondern nur pro rata von demjenigen, welcher wider die Obligation gehandelt hat, gefodert werden können. Die Stelle selbst lautet also:

Cato libro quinto decimo scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus, contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti, iter fieri: quia, quod in partes dividi non potest, ab omnibus quadammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi: tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poe-

nam committere. Differentiae hanc esse rationem: quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat. Sed videamus, ne non idem hic sit: sed magis idem quod in illa stipulatione, Titium heredemque eius ratum habiturum? nam hac stipulatione et solus tenebitur qui non habuerit ratum, et solus aget a quo fuerit petitum: idque et Marcello videtur: quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Handelt diese Stelle nun erstlich bloß von solchen Obligationen in non faciendo, welchen eine poena hinzugefügt ist, so hat man sie gerade zu auch auf solche angewandt, bei welchen dies nicht der Fall ist. Ferner, daß diese Stelle des Paulus, so wie sie gewöhnlich erklärt wird, mit dem von demselben aufgestellten Grundsatz, daß die poena, wenn sie verwirkt ist, stets ganz gefodert werden kann, in offenbarem Wi-

derspruch steht, ist gewiß. — Sodann läßt sich kein Grund einsehen, weshalb aus derjenigen Stipulation, in welcher jemand versprochen hat, gegen seinen Schuldner nicht zu klagen, widrigenfalls eine Strafe zu erlegen, diese Strafe nur zum Theil solle gefodert werden können, wenn nur Einer von den Erben klagt, weil, wie man sagt, die Handlung diesem nur für seinen Theil solle zugerechnet werden können, da doch aus der Stipulation mihi heredique meo habere licere, welche derselben Art ist, wenn ihr auch nur Einer zuwiderhandelt, die ganze Strafe gefodert werden kann, wie dies in der angeführten l. 3. de verb. oblig. enthalten ist. — Endlich findet sich eine gerade entgegengesetzte Entscheidung in dem darauf folgenden Fragment l. 5. §. 3. 4. eod. tit., wo Papinian sagt: Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, poenam: etiam si unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilo minus poenam committet, donec portio coheredis solvatur. — Idemque est de poena ex compromisso, si unus paruerit, alter non

paruerit sententiae iudicis *). Sed a coherede ei satisfieri debet: nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest.

Anton Faber **) bemerkt zu §. Cato (1.) l. 4. de verb. oblig.: „de huius §. sententia nemo unquam fuit, qui non valde dubitaverit, aut qui in eius interpretatione sibi satisfecerit. Habet enim non modo obscurissimum tractatum, sed etiam verba usque adeo ambigua et contorta, ut vix quicquam recte ex iis coniici posse videatur.“ Ich schicke diese Worte als eine captatio benevolentiae voraus, und glaube daher, wenn vielleicht meine Erklärung nicht alle Hindernisse aus dem Wege räumen sollte, um so mehr auf Nachsicht Anspruch machen zu dürfen. Bei einer genauen Betrachtung nähmlich scheint mir jene Stelle gerade das Gegentheil von dem zu enthalten, was in ihr zur Begründung des Unter-

---

*) Also wenn nur Einer von den mehreren Promissoren gegen die Stipulation geklagt hat.

**) Coniectur. lib. III. Cap. VII.

schieds zwischen theilbaren und untheilbaren negativen Handlungen gewöhnlich gefunden wird.

Bevor ich jedoch zur Erklärung selbst übergehen kann, ist es nothwendig, noch einen andern Satz vorauszuschicken, nnd zwar, daß die stipulationes praetoriae nicht stricti iuris sind, und daß bei ihnen mehr auf die aequitas Rücksicht zu nehmen ist. So heißt es l. 52. pr. D. de verb. oblig.: In conventionalibus stipulationibus contractui formam *) contrahentes dant: enimvero Praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris. Ferner l. 9. D. de stip. Praet. (46, 5): In Praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit, Praetoris erit interpretatio; eius enim mens aestimanda est. — Eine interpretatio praetoris, dem strengen Recht entgegengesetzt, kann aber nur ex aequo et bono *) sein.

---

*) Forma bedeutet hier, wie ich das teutsche Wort Form oben schon öfter gebraucht habe, die Grundbedingungen der Obligation: l. 10. in f. D. de pollicitationibus (50, 12).

*) Propter utilitatem publicam: l. 7. §. 1. D. de iustitia et iure (1, 1).

Bei den prätorischen Stipulationen können daher diejenigen Grundsätze gar nicht angewandt werden, welche hinsichtlich der stipulationes conventionales, die stricti iuris sind, statt haben. In der Prozeßordnung für das Cisalpische Gallien *) finden sich zwei Formeln für die stipulatio damni infecti — also eine stipulatio praetoria —, und es heißt ausdrücklich in denselben, daß diese Stipulation bonae fidei ist.

Demnach scheint mir der Inhalt der in Frage stehenden Stelle (l. 4. §. 1. de verb. oblig.) folgender zu sein. Paulus berichtet, Cato habe die Frage aufgeworfen, ob, wenn einer Stipulation in non faciendo eine poena hinzugefügt ist, und nur Einer der mehreren Erben des Promissors dagegen gehandelt hat, die Strafe dennoch von allen Erben, oder nur von dem Einen dawiderhandelnden nach Verhältniß seines Erbtheils gefodert werden könne? Nun sei Cato der Meinung gewesen, daß die Strafe von allen gefodert werden könne, wenn das

---

*) Hugo's Civ. Mag. Bd. 2. Num. XX. S. 442 (Columm. I. Z. 27) und S. 444 (Columm. I. Z. 36).

versprochene factum untheilbar sei, z. B. wenn angelobt wäre, den Stipulator in der Ausübung eines ius itineris nicht zu hindern (iter fieri); wäre aber eine theilbare Handlung versprochen, wie z. B. daß der Promissor gegen den Stipulator nicht weiter klagen wolle (amplius non agi), so solle, wenn nachher nur Einer von den mehreren Erben des Promissors geklagt hat, auch nur von diesem allein pro rata die Strafe gefodert werden können. Der Grund dieser Verschiedenheit sei, weil es in dem erstern Fall dem Stipulator gleich sein muß, ob nur von Einem oder von allen gegen die Stipulation gehandelt ist: die Störung ist immer ganz geschehen. So weit die Meinung Catos. Diese Ansicht aber tadelnd sagt nun Paulus: „*Sed videamus*", aber wenn man erwägt, „*ne non idem hic sit*" *), daß diese letztere Stipulation, nähmlich amplius non agi, gar nicht mit jener erstern, iter fieri, verglichen

*) „Non est autem idem in hac stipulatione: amplius non agi, quod in illa stipulatione: per te non fieri"; so erläutert diese Worte richtig Cujacius: Comm. ad tit. de verb. oblig. l. 4. §. 1.

werden kann; „*sed magis idem quod in illa stipulatione, Titium heredemque eius ratum habiturum*“, sondern mehr jener Stipulation gleicht, in welcher derjenige, welcher als Procurator eines andern klagt, ohne von diesem eine Vollmacht zu den Acten beigebracht zu haben, versichern muß, daß er, auf den Fall seine Handlungen von dem vorgeblichen Mandanten nicht genehmigt werden sollten, dem Beklagten den daraus entstandenen Schaden ersetzen wolle *); und auf diesen Fall auch wohl eine Strafe verspricht **). Auch kann der dominus selbst diese Stipulation de rato habendo eingehen, um den Procurator davon zu befreien ***). Da nun diese Stipulation nicht stricti iuris, sondern eine stipulatio praetoria ist, so findet bei ihr jener Grundsatz des strengen Rechts, daß durchaus gar keine Befreiung von der Strafe eintritt, wenn die Obligation nicht vollkommen er-

---

*) §. 3. I. de satisdationibus (4, 11); l. 2, l. 13, l. 19. D. ratam rem haberi (46, 8).

**) l. 8. §. 2. eod. tit.

***) l. 65. D. de procuratoribus (3, 3).

füllt ist, nicht statt. Wenn daher derjenige, in dessen Nahmen geklagt ist, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, und nur Einer von diesen nicht genehmigt, nur Einer klagt, so wird der Procurator, oder, wenn der dominus selbst die Stipulation eingegangen ist, derjenige Miterbe allein, welcher geklagt hat, nur so viel verhältnißmäßig an Strafe zu erlegen haben, als diesem Einen Miterben die Klage pro rata zusteht: „*nam hac stipulatione et solus tenebitur qui non habuerit ratum.*“ Oder umgekehrt, wenn der Beklagte, der Stipulator, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, und ungeachtet der Stipulation de rato habendo gegen Einen von diesen geklagt wird, so wird nur dieser Eine gegen den Procurator aus der Stipulation klagen können: „*et solus aget a quo fuerit petitum.*“ Paulus fährt fort und sagt, daß wenn gleich jener Grundsatz des strengen Rechts bei dieser prätorischen Stipulation, hinsichtlich der Erben, nicht eintritt, so kann dennoch derjenige selbst, in dessen Nahmen geklagt ist, die Klage des Procurators nie bloß für einen Theil genehmigen, der Art, daß alsdann nur ein Theil der

Strafe zu erlegen wäre: „*quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.*“ Hier gilt wieder der Grundsatz: es nützt nichts, um von der Strafe befreit zu werden, daß ein Theil der Obligation erfüllt wird. Dieser Bestimmung steht aber keineswegs entgegen, wenn Marcellus *) und Pomponius **) entscheiden, daß wenn der dominus selber pro parte genehmigt hat, gegen den Procurator nur pro parte aus der Stipulation geklagt werden kann. Hier ist von einer solchen Stipulation de rato habendo die Rede, welcher keine poena hinzugefügt ist. Die Klage geht daher auf das Interesse. Dieses muß aber natürlich kleiner sein, wenn der dominus die Handlungen des Procurators auch nur für einen Theil des Klageobjects genehmigt hat, als wie wenn er gar nichts genehmigt hätte. Pomponius sagt auch mit ausdrücklichen Worten, daß der

---

*) l. 17. D. ratam rem haberi (46, 8): Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit: partem petitionis ratam habuit dominus: dicendum est obligationis partem consumptam.

**) l. 18. D. eod. tit.

dominus auch pro parte genehmigen könne, weil die Klage aus der Stipulation auf das Interesse geht: „Nam etsi ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio, quia in id committitur, quod intersit agentis." — Paulus aber handelt in unserer Stelle von einer solchen Stipulation, welcher eine Strafe hinzugefügt ist *).

Aus dieser Darstellung, glaube ich, geht nun hervor, daß Paulus keinesweges die Eintheilung in theilbare und untheilbare Handlungen billigt: jedes factum ist vielmehr, wie es die Natur desselben mit sich bringt, untheilbar. Wenn daher eine negative Handlung stipulirt ist, und Einer der Erben des Debitors handelt dagegen, so kann der Creditor das Interesse von allen Erben, und wenn eine Strafe hinzugefügt ist, diese ganz fodern. Bei den stipulationes prae-

---

*) Wie dies aus der ganzen l. 4. hervorgeht. — Daß einer stipulatio praetoria aber eine poena hinzugefügt werden kann, ist deutlich enthalten in l. 6, l. 11. D. de stip. praet. (46, 5).

toriae ist es freilich anders, aber diese sind nicht stricti iuris.

Hierdurch ist denn auch der Widerspruch gehoben, welchen man in l. 4. §. 1. und l. 5. §. 4. D. de verb. oblig. finden könnte. Wenn in der letztern Stelle Pomponius sagt, daß, wenn sich jemand in einem Compromiß zu einer poena verpflichtet hat, auf den Fall, daß er dem Ausspruch des Schiedsrichters nicht nachkommen würde, die ganze Strafe verfallen ist, wenn auch nur Einer von den mehreren Erben dem Ausspruch des Schiedsrichters nicht nachgekommen ist; so ist hier nicht, wie in l. 4. §. 1. eod. tit. von einer stipulatio praetoria, sondern von einer stipulatio conventionalis die Rede. Nachdem nähmlich Pomponius im Anfange des Fragments l. 5. de verb. oblig. den Unterschied zwischen stipulationes praetoriae und conventionales angegeben, und am Ende entschieden hat, daß bei den letztern die ganze poena gefodert werden kann, wenn auch nur Einer von den mehreren Erben des Promissors gegen den Stipulator handelt, so setzt er hinzu: *nec enim aliud in his* — d. h. conventionali-

nalibus — *stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest.*

Daher entscheidet auch Julian l. 13. §. 2. D. de reb. dub. (34, 5): Cum ita stipulationem concipimus, si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes? utrumque est faciendum, ne stipulatio committatur: id est, sive alterum, sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio. Idemque est evidenter, cum propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita stipulamur: si quid eorum factum non erit? veluti, Stichum, et Damam, et Herotem sisti? si quis eorum non steterit, decem dari? necesse est enim omnes esse sistendos, ut stipulationi satisfiat. Vel, ut propius accedamus, fingamus ita stipulationem factam, si Stichum, et Damam, et Herotem non sisteris, decem dari? neque enim dubitabimus, quin aeque omnes sisti oporteat. Mit dieser Entscheidung steht keinesweges eine Stelle Ulpians: l. 9. §. 1. D. si quis cautionibus (2, 11) im Widerspruch, wo es heißt: Si plu-

rium servorum nomine, iudicio sistendi causa, una stipulatione promittatur: poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait: quia verum sit, omnes statos non esse: verum, si pro rata unius offeratur poena; exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur *). In der ersten Stelle ist davon die Rede, daß sich jemand anheischig gemacht hat, irgendwo überhaupt eine Anzahl Sclaven zu stellen, es ist dies also eine stipulatio conventionalis; der Inhalt der letzteren Stelle aber ist eine prätorische Stipulation, de iudicio sisti **).

Demnach wird sich auch der letzte Paragraph unserer l. 4. de verb. oblig. erklären lassen. Paulus fährt hier fort, auch an andern prätorischen Stipulationen zu zeigen, daß bei ihnen die Grundsätze des strengen Rechts

*) Daß von den römischen Juristen in einem und demselben Fall zuweilen der eine ipso iure, der andere per exceptionem eine Liberation eintreten läßt, findet sich öfter: so z. B. l. 18. und l. 38. §. 1. D. de solut. (46, 3). — Cuiacius ad Africanum Tractatus VII. ad l. 38. §. 1. cit.

**) de Retes l. c. praeludium III. Num. 18 — 22.

nicht anwendbar sind, so, daß wenn solchen Stipulationen eine poena hinzugefügt ist, und der Stipulator mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, die Strafe nur zum Theil verlangt werden kann, wenn nur einem einzelnen der mehreren Erben für seinen Theil nicht erfüllt ist. Die Worte selbst sind zunächst folgende:

Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria, et damni infecti, et ex operis novi nuntiatione: restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest.

---

Unterscheiden sich die stipulationes conventionales von den prätorischen dadurch, daß jene durch den freien Willen der Partheien eingegangen werden, zu diesen aber der Prätor oder der Judex anhalten kann, so folgt hieraus, daß die duplae stipulatio sowohl praetoria, als

conventionalis, sein kann *). Das Erstere ist der Fall, wenn der Käufer schon dem Gesetze zu Folge beim Richter nachsuchen kann, daß dieser den Verkäufer anhalte, auf den Fall der Eviction das Doppelte zu versprechen; dies findet jedoch nur beim Verkauf wichtiger Dinge, und nach dem ädilitischen Edict beim Verkauf eines Sclaven statt **). Wird aber durch Uebereinkunft der Partheien diese Stipulation eingegangen, wie dies auch beim Verkauf einer jeden andern als der genannten Sachen der Fall sein kann, so ist die duplae stipulatio eine stipulatio conventionalis. Wenn nun, wie bereits oben ***) dargethan ist, Paulus in unserer l. 85. §. 5. de verb. oblig. den Grundsatz aufstellt, daß, wenn eine poena versprochen ist, diese immer ganz eingeklagt werden kann, so-

---

*) Eben so wie die stipulatio de rato: l. 10. D. ratam rem haberi (46, 8). — l. 5. pr. D. de verb. oblig. (45. 1).

**) cit. l. 5. pr. D. de verb. oblig. (45, 1); l. 37. D. de evictionibus (21. 2); l. 31. §. 20 D. de aedil. edicto (21, 1).

***) S. 157 u. folg.

bald die ihr zu Grunde liegende Verbindlichkeit nicht vollkommen erfüllt ist, und als Beispiel die duplae stipulatio anführt, so ist diese Stipulation daselbst conventionalis. Dagegen wenn er hier, in unserer l. 4. §. 2. sagt, daß, wenn derjenige, welcher sich das duplum stipulirt hat, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, und Einem von denselben sein Antheil evincirt wird, dieser nur allein pro rata die Strafe fodern kann; so ist hier von derjenigen duplae stipulatio die Rede, welche praetoria ist, wie dies aus den andern Stipulationen, welche Paulus jener Stipulation gleich setzt, hervorgeht. Dies ist nun die stipulatio fructuaria, in welcher der Nutznießer verspricht, die ihm überlieferte Sache in ordentlichem Stande zu erhalten, und nach Beendigung seines Rechts dem Eigenthümer zurückzugeben, auch allen Schaden zu ersetzen, welchen er der Sache absichtlich oder durch Nachlässigkeit zufügen würde *). Ferner die stipulatio damni infecti, in welcher sich jemand von seinem Nachbar, dessen baufälliges Gebäude

*) Tit. D. usufr. quemad. cav. (7, 9).

Einsturz droht, die Ersetzung des etwanigen künftigen Schadens versprechen lassen kann *). Alle diese Stipulationen sind praetoriae **), welchen eine poena hinzuzufügen, nicht nur gestattet ist, sondern sogar gerathen wird ***). Ist dieses nun geschehen, und hinterläßt der Stipulator mehrere Erben, so kann jeder einzelne von diesen allein, wenn ihm für seinen Theil die Stipulation nicht erfüllt wird, nur pro rata auf die Strafe klagen; und es soll der Grundsatz des strengen Rechts: nihilum prodest ad poenam evitandam, partem suam solvere, hier keine Anwendung finden.

Endlich wird noch die stipulatio ex operis novi nuntiatione von Paulus als eine stipulatio praetoria angeführt. In dieser Stipulation verspricht der Nunciat auf den Fall des Unterliegens in dem künftigen Processe, das neuerrichtete Werk wieder niederzureißen, oder

---

*) Tit. D. de damno infecto (39, 2).

**) l. 1. D. de stip. praet. (46, 5); l. 1. D. usufr. quemad. cav. (7, 9).

***) l. 6, l. ult. D. de stip. praet. (46, 5).

das demolirte wiederherzustellen *). Diese Stipulation ist jedoch von jenen dreien, nähmlich von der stipulatio duplae, fructuaria und damni infecti sehr zu unterscheiden. Aus diesen Stipulationen kann, wenigstens möglicher Weise, die Leistung jedem einzelnen der mehreren Erben des Stipulators besonders geschehen: entweder weil das Object theilbar ist, wie dies bei der duplae stipulatio der Fall sein kann, wenn die Strafe auf den Fall der Eviction einer körperlichen Sache, die sich entweder reell oder ideell theilen läßt, bedungen ist; oder weil, wie bei der stipulatio fructuaria und damni infecti, die Stipulation zunächst auf das Interesse geht, welches jedem einzelnen Erben besonders geleistet werden kann. Ist diesen Stipulationen eine Strafe hinzugefügt, so läßt es sich denken, daß der Promissor nur einige der Erben befriedigt hat, und weil es stipulationes praetoriae sind, so kann nur der Nichtbefriedigte allein für seinen Antheil die Strafe ver-

---

*) l. 5. §. 17, l. 8. §. 2, l. 20, l. 21. D. de op. nov. nunc. (39, 1).

langen. Dagegen die stipulatio ex operis novi nuntiatione lautet auf Restitution oder Demolirung eines opus, also auf eine Handlung, auf etwas, welches den mehreren Creditoren nur ganz geleistet werden kann: es läßt sich keine Restitution eines Werks pro parte denken. Ist nun dieser Stipulation eine poena hinzugefügt, so fällt zwar jener Grundsatz: nihilum prodest ad poenam evitandam, partem suam solvere, deshalb weg, weil es eine stipulatio praetoria ist; da aber diese Obligation der Art ist, daß sich eine andere Erfüllung, als in solidum, gar nicht denken läßt, so muß auch stets auf die ganze Strafe geklagt werden können. Und so, glaube ich, sind die Worte des Paulus verständlich, wenn er hinzusetzt: „*restitui tamen ex operis novi nuntiatione pro parte non potest*" *).

Paulus beschließt dieses Fragment (l. 4. de verb. oblig.) mit folgenden Worten:

Haec utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt. Ipsi autem promissori pro

---

*) l. 2. §. 1. D. de Stip. praet. (46, 5).

parte neque restitutio, neque defensio contingere potest.

Dies, daß nähmlich jener Grundsatz: die Erfüllung eines Theils der Obligation befreit von keinem Theil der Strafe, bei den prätorischen Stipulationen wegfällt, wenn mehrere Stipulatoren, mehrere Erben Eines Stipulators sind, ist nicht dem strengen Recht nach, sondern der Billigkeit wegen — utilitatis *) causa — an-

*) Sehr häufig wird utilitas, statt aequitas, dem strictum ius entgegengesetzt: l. 7. §. 1. D. de iustitia et iure (1. 1): Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam. — l. 20. §. 2. D. de serv. praed. urb. (8, 2); l. 32 §. 2, l. 44. §. 1. D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2); l. 1. Cod. de acq. et ret. poss. (7, 32); l. 44. §. 6. D. de usurpationibus (41, 3). — Paulus giebt also hiermit selbst den Grund an, weshalb die hinsichtlich der Stipulationen überhaupt aufgestellten Grundsätze auf die prätorischen nicht anwendbar sind, weil diese nähmlich, wie schon oben dargethan ist, nicht stricti iuris sind. — Durch nichts aber ist die Conjectur von Faber (Coniectur. lib. 3, Cap. 8) begründet, daß die Worte: „Haec utilitatis causa ex parte stipulatorum recepta sunt," aus der Glosse eines imperiti interpretis in den Text ge-

genommen worden. Diese Billigkeitsregel tritt jedoch nur ein, wenn mehrere Erben sind;

---

kommen sein. Faber vermuthet dies aus dem Grunde, weil er sonst einen Widerspruch in einer andern Stelle von Paulus: l. 2. §. 2. D. de stipulationibus praetoriis (46, 5) findet. Die aus diesem Fragment hierher gehörende Worte sind folgende: Incertam quantitatem continet stipulatio iudicatum solvi, et rem ratam dominum habiturum, et damni infecti, et his similes: in quibus respondetur, scindi eas in personas heredum: quamvis possit dici, ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam conditionem cuiusque facere: at in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem eius committatur stipulatio: hoc enim facere verba stipulationis, quanti ea res est. Das Raisonnement Fabers ist nun Folgendes: „Summa igitur ratione fit non utilitatis causa, ut „pro sua quisque parte ex stipulatu actionem ha„beat.“ Wenn hierauf Scipio Gentilis (l. c. Cap. 18) sagt: „summa ratio interdum in iure „nostro pro aequitate et benignitate accipitur, „adeoque strictae rationi opponitur in l. 43. de „relig. et sumt. fun. Quod ideo dico, ne An„tonio Fabro assentiamur,“ so läßt sich gar nicht darthun, daß summa ratio überhaupt, und besonders in der angeführten l. 43. de religios. für aequitas zu nehmen sei. Papinian sagt vielmehr in dieser Stelle, daß zuweilen bei Streitigkeiten, welche die Re-

der Promissor selbst aber kann sich nie von einem Theil der Strafe befreien, weder wenn

---

ligion betreffen, das strictum ius nicht beachtet wird, denn dasjenige Recht sei das strengste (summa ratio), welches für die Religion entscheidet. Wenn ich aber dennoch der Meinung bin, daß die Conjectur Fabers nicht anzunehmen sei, so glaube ich dies deshalb, weil derselbe ganz übersehen hat, daß Paulus in l. 4. §. 2. de verb. oblig. von solchen prätorischen Stipulationen handelt, welchen eine poena beigefügt ist, wo also nach dem strengen Recht der Grundsatz statt finden würde, daß die Erfüllung eines Theils der Obligation auch nicht einmahl von einem Theil der Strafe befreit. In der l. 2. §. 2. de stip. praet. ist aber von solchen prätorischen Stipulationen die Rede, welchen keine Strafe beigefügt ist, aus denen die Klage im Nichterfüllungsfall auf das Interesse geht, wie dies schon aus den Anfangsworten: „Incertam quantitatem continet stipulatio", hervorgeht; denn wäre eine poena bedungen, so würde es eine quantitas certa sein. Es ist mithin nichts Besonderes, daß bei diesen Stipulationen nur derjenige von den mehreren Erben des Stipulators, welchem die Obligation nicht erfüllt ist, auf sein Interesse klagen kann. Es findet dies eben so gut bei den stipulationes stricti iuris, also summa ratione statt. Paulus giebt ja selbst in l. 2. §. 2. de stip. praet. diesen Grund an, weshalb, wenn nur Einer der Erben des Stipulators gesiegt hat, dieser schon summa ratione nur für seinen Theil die Leistung verlangen kann, indem er sagt: „hoc enim facere verba stipulationis, quanti ea res est",

die Stipulation, welcher die poena hinzugefügt ist, gar nicht theilweise erfüllt werden kann, wie dies bei der stipulatio ex operis novi nuntiatione der Fall ist, wo der Gegenstand Restitution eines Werks ist; noch wenn auch ein theilweises Erfüllen möglich wäre, wie dies bei der duplae stipulatio statt finden kann, wo es sich wohl denken läßt, daß der Promissor, wenn auch nicht die ganze Sache, doch einen Theil derselben vertheidigt hat: in beiden Fällen soll immer die ganze Strafe gefodert werden können — „*ipsi autem promissori neque restitutio neque defensio pro parte contingere potest*“ —.

Eben so wie die einer Obligation hinzugefügte poena, bewirkt auch das zur Sicherheit einer Foderung dienende Pfand, daß, um sich von diesem zu befreien, die zu Grunde liegende Obligation ganz erfüllt werden muß. Hat sich ein Creditor die Bestellung eines Pfandes stipulirt, so muß dieses vom Debitor, so lange die Principalobligation auch nur noch zum Theil

---

weil hier die Petition nicht auf eine Strafe gerichtet wird, sondern auf das Interesse, welches bei jedem einzelnen Erben ein besonderes ist (oben S. 147).

unerfüllt ist, stets ganz, d. h. auf das ganze Object bestellt werden; oder wenn das Pfand bereits constituirt ist, so wird kein Theil des verpfändeten Objects eher frei, als bis die ganze Schuld getilgt ist *). Sind daher bei einer Pfandobligation mehrere Creditoren oder Debitoren, so bleibt die ganze Sache so lange verpfändet, als noch Einer von jenen für seinen Antheil nicht befriedigt ist, oder auch nur noch Einer von diesen seinen Antheil nicht gezahlt hat **). Hingegen was die zu Grunde liegende Obligation betrifft, so geschieht die Erfüllung derselben, wenn sie nur sonst theilbar ist, eben so, wie die Solution derjenigen Obligation, welcher eine poena hinzugefügt ist, sowohl den mehreren Creditoren, als von den mehreren Debitoren pro rata ***). Hat ein einzelner

---

*) l. 19. D. de pign. (20, 1); l. 6. Cod. de distract. pignor. (8, 28); l. 9. §. 3. D. de pign. act. (13, 7).

**) l. 8. §. 2, l. 11. §. 4. D. de pign. act. (13, 7); l. 16. Cod. de distract. pign. (8, 28); l. 1. Cod. de luitione pignoris (8, 31).

***) Tit. Cod. si unus ex pluribus heredibus (8, 32).

von den mehreren Creditoren seinen Antheil erhalten, so kann derselbe nicht mehr klagen; hat ein einzelner von den mehreren Debitoren seinen Theil gezahlt, so wird er für diesen Theil von der Obligation befreit. Wenn auch für den rückständigen Theil der Schuld das ganze Object verpfändet bleibt, so wird dennoch durch Zahlung eines Theils das Pfandrecht, dessen Werth in der Hauptobligation enthalten ist, kleiner *). Zahlt Einer der mehreren Debitoren das Ganze, um die Sache von dem auf ihr lastenden Pfandrecht zu befreien, so kann er, eben so wie bei der Obligation, welcher eine poena hinzugefügt ist, mit der actio negotiorum gestorum, und als Miterbe mit der Erbtheilungsklage von seinen Mitverpflichteten den von diesen zu leistenden Beitrag verlangen **). Daher sagt auch Paulus in unserer l. 85. §. 6. de verb. oblig.

Item si ita stipulatio facta sit, *si fundus Titianus datus non erit, centum dari?* nisi

---

*) S. oben S. 78 u. folg.

**) l. 25. §. 14. D. fam. herc. (10, 2); l. 3. Cod. de negotiis gestis (2, 19).

totus detur, poena committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

---

Es bleibt jetzt noch der letzte Paragraph der l. 85. de verb. oblig. zu erklären übrig, welcher also lautet:

Quicunque sub conditione obligatus curaverit, ne conditio exsisteret, nihilo minus obligatur.

Der Inhalt dieser Worte soll nach der gewöhnlichen Erklärung folgender sein: derjenige, welcher unter einer Bedingung verpflichtet ist, soll, wenn er selbst das Eintreten der Bedingung verhindert, dennoch zur Leistung verbunden sein: wenn gleich die Bedingung nicht erfüllt ist, so soll sie dennoch rechtlich dafür gehalten werden. Duaren *) erläutert dies durch folgendes Beispiel: „Itaque promittens aliquid sub condi-

---

*) Comm. ad tit. D. de verb. oblig. l. 85.

„tione si navis ex Asia venerit, obligatur, „quamvis non venerit navis ex Asia, si cu„raverit, ne veniret." Eben ein solches Beispiel führt Donellus *) an: „Nec ad rem „pertinet, quod qui promisit, si Titius in Capi„tolium ascenderet, fecit, ne Titius ascen„derit; quocunque enim casu factum sit, ne „ille ascendat, semper verum erit eum non „ascendisse, atque ita non esse impletam con„ditionem. Conditio, inquimus, pro impleta „habetur **)". Als Stellen desselben Inhalts werden sodann, l. 24. D. de cond. et dem. (35, 1) ***) und l. 161. D. de reg. iur. (50,

---

*) Comm. ibid.

**) Eben so erläutert jene Worte Cujacius Comm. ibid.; auch Hellfeld iuris prudentia forensis §. 337; Thibaut System des Pandectenrechts. §. 124. Not. h.

***) Julianus lib. LV. Dig. — Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit quo minus impleatur: ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset. Quod plerique ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt

(50, 17) **) angeführt. So gewiß dieser angeführte Grundsatz im römischen Recht im Allgemeinen wohl begründet ist, so unbegreiflich ist es doch, weshalb er von Paulus gerade in einer Stelle angebracht sein sollte, wo von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Stipulationen gehandelt wird. Ich glaube daher, daß jene Worte in l. 85 §. ult. de verb. oblig. ganz anders auszulegen sind, als geschehen ist. Erstens jene Regel, daß, wenn der bedingt Verpflichtete die Existenz der Bedingung hindert, es dennoch so angesehen werden soll, als wenn die Bedingung eingetreten wäre, kann nur bei solchen Bedingungen ihre Anwendung finden, wo das ungewisse Ereigniß nicht in der Macht des De-

---

runt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

*) Ulpianus lib. LXXVII ad Edictum. — In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur: quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

bitors liegt. Wollte man auch bei solchen Bedingungen, welche nur von der Willkühr des Debitors abhängen, jene Regel gelten lassen, so würde es in dergleichen Fällen jedes Mahl eben so gut sein, als wenn eine solche Bedingung gar nicht hinzugefügt wäre. Z. B. es verspricht jemand etwas zu leisten, wenn er nicht nach irgend einem Orte gehen würde. Geht der Debitor nun dahin, so kömmt die Bedingung nicht zur Wirklichkeit, sie wird von dem Debitor selbst, welcher dabei interessirt ist, daß sie nicht erfüllt werde, verhindert; sollte er aber dessenungeachtet zur Leistung verpflichtet sein? Dies wird wohl niemand behaupten. Ja vielmehr umgekehrt, nur dadurch kann sich der Debitor von der Leistung befreien, daß er den Eintritt der Bedingung wirklich abwendet. — Also bei jeder Bedingung dieser Art (deren Existenz in der Macht des Debitors liegt) wird der Debitor befreit werden, wenn er das Eintreten der Bedingung wirklich hindert; dagegen wenn er sich bloß bemüht, daß die Bedingung nicht eintrete, diese Bemühungen aber vergebens sind, die Bedingung dessenungeachtet zur Existenz gelangt,

so wird es auch rechtlich nicht so angesehen werden, als wenn die Bedingung nicht eingetreten wäre. — In unserer l. 85 §. 7. de verb. oblig. ist nun von einer Bedingung dieser Art die Rede, und **Paulus** stellt den Satz auf: „*quicunque sub conditione obligatus curaverit* (nicht fecerit), *ne conditio exsisteret, nihilo minus obligatur*“: wer sich bloß bemüht, aber nicht bewirkt hat, daß die Bedingung, unter welcher er verpflichtet ist, und die in seiner eigenen Macht liegt, nicht eintritt, der ist, da die Bedingung existirt, trotz seinen Bemühungen, da solche vergebens waren, verpflichtet. Die Bemühungen allein nützen ihm nichts, er muß die Existenz der Bedingung wirklich verhindert haben.

Daß diese Erklärung wohl die richtigere ist, mag daraus erhellen, daß jene Worte nun ganz auf das ihnen Vorangehende passen. In dem unmittelbar vorhergehenden Paragraphen desselben Fragments war, wie bereits dargestellt ist, von denjenigen Stipulationen die Rede, welchen eine poena hinzugefügt ist, und der Grundsatz aufgestellt, daß, wenn eine solche Stipulation

auch zum Theil, aber nicht ganz erfüllt ist, eben deshalb die ganze Strafe solle gefodert werden können. Oder, wie man dies mit andern Worten ausdrücken kann, die Strafe ist durch die Nichterfüllung der Stipulation bedingt. Wenn nähmlich jemand auf den Fall, daß er selbst etwas nicht würde geleistet haben, sich zu einer andern Leistung verpflichtet, so wird eben so gut die erstere Leistung eine conditio, als die letztere eine poena sein *). Das ursprüngliche Object der Obligation ist in conditione, die poena aber in obligatione **). So nennt Paulus ***) die Stipulation: Si calendis Stichum non dederis, decem dare spondes? eine obligatio sub conditione, die doch nicht minder eine Obligation, der eine poena hinzugefügt ist, genannt werden kann. Aus der von Paulus in l. 85. §. 6. de verb. oblig. angeführten Stipulation: si fundus

---

*) l. 2 D. de his, quae poenae causa relinquuntur (34. 6).

**) l. 44. §. 5. 6. D. de oblig. et act. (44, 7).

***) l. 8. D. de verb. oblig. (45, 1).

Titianus datus non erit, centum dari, ist der Promissor zu der poena unter der Bedingung, wenn nicht der ganze fundus gegeben ist, verpflichtet. Sind nun mehrere Erben des Promissors vorhanden, so sagt Paulus, es helfe nichts, um sich von der Strafe zu befreien, daß nur einer oder der andere von ihnen seinen Theil erfüllt hat, da nicht von einem jeden Miterben sein Theil, d. h. nicht der ganze fundus geleistet ist: es müssen dennoch centum erlegt werden. Derjenige, welcher seinen Theil gegeben hat, hat wohl dahin gestrebt, daß die Bedingung nicht eintreten möge, sein Bemühen war aber vergebens: da nicht der ganze fundus gegeben ist, so ist die Bedingung dennoch eingetreten, und es muß deshalb auch die ganze Strafe erlegt werden. Jede Bedingung wird entweder ganz erfüllt, oder sie fällt ganz aus; sie kann aber nicht zum Theil erfüllt, zum Theil unerfüllt sein. Daher entscheidet auch Paulus: l. 23. D. de cond. et dem. (35, 1): Qui duobus heredibus decem dare iussus est, et fundum sibi habere, verius est, ut condicionem scindere non possit: ne etiam lega-

tum scindatur. Igitur quamvis alteri quinque dederit, nullam partem fundi vindicabit, nisi alteri quoque adeunti hereditatem reliqua quinque numeraverit, aut illo omittente hereditatem, ei, qui solus adierit hereditatem, tota decem dederit *).

### §. 16.

#### Von mehreren Bürgen.

Idemque est in ipso promissore et fideiussoribus eius, quod diximus in heredibus.

So lauten die Worte in unserer l. 2. §. 4. de verb. oblig. Hat der Promissor einen Theil des Inhalts der Obligation geleistet, und ist für ihn dadurch zum Theil Befreiung entstanden, so wird auch der Bürge für so viel von seiner Verbindlichkeit befreit. Ist aber die Obligation entweder wegen der Natur ihres Gegenstandes, oder wegen ihrer Form untheilbar, so bleibt ebenfalls der Bürge, so lange nicht die ganze

---

*) Eben so Javolenus in l. 56. D. de cond. et dem. (35, 1).

Obligation erfüllt ist, für das Ganze verhaftet. Die fideiussio ist eine accessio obligationis principalis, es kann daher der Bürge auch nur dann erst durch die Leistung des Hauptschuldners befreit werden, wenn die Leistung eine wirkliche Erfüllung der Obligation enthält, so daß durch sie der Hauptschuldner selbst frei wird.

Sind mehrere Bürgen zur Sicherheit einer Obligation vorhanden, so versteht es sich von selbst, daß, wenn die Obligation untheilbar ist, ein jeder einzelne Bürge, eben so wie jeder einzelne von mehreren Erben des Debitors, in solidum verpflichtet ist. Wenn daher bei einer alternativen oder unbestimmt generellen Obligation mehrere Bürgen sind, so befreit sich der einzelne von ihnen dadurch nicht für seinen Theil, wenn er dem Creditor einen Theil eines der alternativen Objecte, oder einen Theil einer Sache aus der Gattung giebt, weil auf diese Weise eine Solution in mehreren Theilen verschiedener Sachen geschehen könnte *). — Ist

*) S. oben §. 13. — l. 34. §. 1. 10. D. de solutionibus (46, 3).

aber die Obligation theilbar, so findet im alten Recht ein Unterschied statt, wenn die mehreren Bürgen sponsores, fidepromissores, oder wenn sie fideiussores sind. Die beiden ersteren haften nach der lex Furia nur pro rata, pro parte virili, dagegen von mehreren fideiussores sind singuli in solidum verpflichtet *). Die sponsores und fidepromissores können mit der nur römischen Bürgern gestatteten Formel: idem dari spondes? oder: idem fidepromittis? angeredet werden. An den fideiussor aber kann die Frage in der weitesten Formel: idem fide tua esse iubes? oder auch in jeder andern beliebigen, als: idem dabis? idem promittis? idem facies? gerichtet werden. Sponsores und fidepromissores können nur bei einer verborum obligatio eintreten; der fideiussor aber kann bei allen Arten von Obligationen hinzukommen **). „Wie Civilrecht und ius

*) Gaii Inst. III. §. 121.

**) ibid. §. 116. §. 119; §. 1. I. de fideiussoribus (3, 20).

„ius gentium“, bemerkt Gans *) richtig, „so „ist das Recht des sponsor und fidepromissor „auf der einen Seite, als das bei weitem formellere (strengere), dem des fideiussor auf „der andern Seite als dem materielleren „(billigeren) entgegenzustellen.“ Und so stimmt hiermit auch überein, daß, wenn mehrere sponsores oder fidepromissores sind, die Regel des strengen Rechts statt findet, nach welcher der Creditor gegen mehrere Debitoren, wenn die Obligation theilbar ist, in Zweifel nur pro rata klagen kann; welche Regel des strengen Rechts bei mehreren Fidejussoren aber, da diese mehr nach dem System der Billigkeit zu beurtheilen sind, wegfällt. Durch eine epistola des Kaisers Hadrian **) wurde aber für die fideiussores das s. g. beneficium divisionis eingeführt, nach welchem, wenn die mehreren Bürgen zahlungsfähig sind, gegen jeden einzelnen nur auf seinen Antheil geklagt werden

*) Scholien zum Gajus. Scholie 9. S. 412.

**) Gaii Inst. III. §. 121 §. 122; §. 4. I. de fideiussoribus (3, 20); l. 26. D. eod. tit. (46, 1).

kann — es versteht sich von selbst, wenn die Obligation an sich theilbar ist —. Und in so fern gilt nun von mehreren Fidejussoren, welche einer theilbaren Obligation beigetreten sind, hinsichtlich der theilweisen Erfüllung ganz dasselbe, was bei den mehreren Erben eines Promissors statt hat *). Daher sagt Julian: l. 37. D. de solutionibus (46, 3). Quotiens unus ex fideiussoribus suam partem solvisset, tamquam negotium reo gessisset, perinde habendum est, ac si reus ipse unius fideiussoris partem solvisset: sed tamen ut non ex sorte decedat **): sed is fideiussor solus liberatur, cuius nomine solutio facta fuerit ***).

---

*) Hat der Gläubiger gegen jeden einzelnen der mehreren Bürgen pro rata geklagt, und Einer von diesen wird auch erst nachher zahlungsunfähig, so ist nach dem neuesten Recht die Anstellung der Klage dem Creditor nicht nachtheilig; l. 28. Cod. de fideiussoribus (8, 41) vergl. mit l. 51. §. 4. D. eod. tit. (46, 1).

**) Das Kapital der Schuld wird dadurch nicht verhältnißmäßig für alle fideiussores kleiner.

***) l. 51. pr. §. 1. 2. D. de fideiussoribus (46, 1); l. 5. §. 1. D. de solut. (46, 3).

## Vierter Abschnitt.

### Anhang.

### Ueber die Theilbarkeit und Untheilbarkeit derjenigen Obligationen, welche nicht stricti iuris sind.

§. 17.

Wenn in den bisherigen Darstellungen die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen nach ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit erörtert worden, und gezeigt ist, daß bei den obligationes stricti iuris von der Natur der Sache nicht abgewichen wird, eben weil sie nach dem strengen Recht zu beurtheilen sind, demnach auch in Ansehung dieser Art von Obligationen eine feste Regel aufgestellt werden konnte; so wird hingegen für diejenigen Obligationen, bei welchen in jedem einzelnen Fall mehr die Billigkeit

zu berücksichtigen ist, eben deswegen, weil von den Geschäften im gemeinen Leben selten, vielleicht nie, ein Fall dem andern gleicht, kein durchgreifender Grundsatz hinsichtlich der Theilbarkeit und Untheilbarkeit statt finden können. Alle einzelne Entscheidungen, welche sich in den Quellen in Betreff der Theilbarkeit und Untheilbarkeit dieser Art von Obligationen vorfinden, hier aufzuführen, würde daher nicht nur gegen den Zweck dieser Abhandlung, welche es zunächst nur mit der Erklärung der angegebenen Fragmente aus dem Pandectentitel de verb. oblig. zu thun hat, sondern auch eine vergebliche Bemühung in so fern sein, wenn man dadurch allgemeine Sätze für die Obligationen, welche nicht stricti iuris sind, begründen wollte. Ein solcher Versuch, wie er daher von den Römern auch nicht gemacht ist, muß ganz gegen den Begriff der aequitas sein, für welche es kein allgemeines Princip giebt, die vielmehr erst durch die einzelnen Umstände bestimmt wird.

Die im Obigen dargestellten Grundsätze hinsichtlich der Theilbarkeit der obligationes

stricti iuris werden allerdings im Allgemeinen auch bei denjenigen Obligationen, welche nicht nach strengem Recht zu beurtheilen sind, Anwendung finden, jedoch nur so lange, als für den einzelnen Fall die Billigkeit nicht ein Anderes fodert. — Wenn daher gleich im Obigen *) dargethan ist, daß der usufructus keinen eigentlichen Theil des Eigenthums ausmacht, so kann dennoch der Richter in den iudiciis communi dividundo und familiae herciscundae, weil diese bonae fidei sind, der Art theilen, daß einer die Sache selbst, der andere den Nießbrauch an ihr erhält **). Der usufructus, und selbst die anderen, nach strengem Recht gänzlich untheilbaren Servituten, können in diesen iudiciis unter mehrere Berechtigte der Art getheilt werden, daß entweder einem jeden von ihnen ein bestimmter Theil der dienenden Sache zur Ausübung der Servitut angewiesen, oder eine nach der Zeit abwechselnde Ausübung

---

*) S. 35. Not. **

**) l. 6. §. 1. D. de usufr. et quemad. (7, 1); l. 6. §. 10. D. comm. div. (10, 3).

der Dienstbarkeit zuerkannt wird *). Haben wir oben erkannt, daß die Obligation, in welcher sich jemand die Verfertigung eines Werks stipulirt hat, nur ganz erfüllt werden kann, weil der Gegenstand untheilbar ist **); so tritt ein ganz Anderes bei der locatio operis ein. Ist nähmlich bei dieser ein Stück des Werks bereits verfertigt gewesen, aber durch Zufall wie-

---

*) l. 16. §. 2. D. fam. herc. (10, 2); l. 7. §. 10, l. 19. §. 4. comm. div. (10, 3). Labeo meint in dieser Stelle, daß eine Servitut gar nicht Gegenstand der Auseinandersetzungsklagen sein kann; denn entweder steht die Servitut einem gemeinschaftlichen fundus zu, dann werde die Dienstbarkeit dadurch, daß mehrere Besitzer des Grundstücks vorhanden sind, gar nicht getheilt (siehe oben S. 127 u. folg.); oder die Servitut steht Mehreren zu, ohne Bezug auf ein gemeinschaftliches Grundstück, alsdann seien es mehrere Servituten, welche aber zu verschiedenen Zeiten, oder auf verschiedenen Theilen des dienenden Grundstücks constituirt sein müssen (siehe oben S. 42 u. folg.). Paulus führt daher einen Fall an, wo eine Servitut Mehreren zustehen kann, ohne daß jene Voraussetzungen eintreten, wenn nähmlich der Servitutberechtigte mit Hinterlassung mehrerer Erben verstorben ist.

**) l. 15, l. 72. pr. D. de verb. oblig. (45, 1).

der vernichtet worden, so soll dennoch der Debitor für so viel, als er verfertigt hatte, von seiner Verbindlichkeit befreit sein *). Diese Entscheidung hat doch lediglich ihren Grund in der bona fides der locatio conductio.

Daher werden auch die in dem vorigen Abschnitte aufgestellten Grundsätze in Betreff der obligationes stricti iuris, ob diese nähmlich rücksichtlich mehrerer Creditoren oder Debitoren in solidum oder pro rata sind, bei denjenigen Obligationen, welche nicht dem strengen Recht angehören, wegen der bei diesen zu berücksichtigenden Billigkeit, öfter nicht beachtet werden können. Es finden sich in dieser Beziehung in den Rechtsquellen mehrere Entscheidungen für specielle Fälle, aus denen man aber nicht allgemeine Regeln bilden kann, eben weil die aequitas solche nicht hat. — So entscheidet z. B. Ulpian **), daß, wenn ein Deponent mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, ein jeder

---

*) l. 59. D. locati (19, 2).

**) l. 1. §. 36. D. depositi (16, 3).

einzelne von ihnen, wenn die niedergelegte Sache theilbar ist, nur seinen Antheil von dem Depositar soll fodern können; ist die deponirte Sache aber untheilbar, so soll einem einzelnen von den mehreren Erben des Deponenten das Ganze ausgeliefert werden, wenn er Sicherheit leistet. Aus diesem besondern Fall läßt sich nun aber nicht mit Schweppe *) der allgemeine Satz bilden, daß überhaupt „bei einem Anspruche mehrer auf „eine bestimmte species, jeder das Ganze fordern kann, wenn er den Schuldner durch Caution gegen die Ansprüche der übrigen sicher „stellt." Diese Caution bei dem Depositum soll, wie Gajus **) entscheidet, sogar wegfallen, wenn die Mehrzahl der Creditoren oder der Erben Eines Deponenten die deponirte Sache zurückfodert. — Ein einzelner von mehreren Erben eines Commodatars haftet regelmäßig nur nach dem Verhältniß seines Erbantheils, es versteht sich dies, wenn die geliehene Sache theilbar

*) Röm. Privatrecht §. 373.

**) l. 14, pr. D. depositi (16, 3).

bar ist; ist derselbe aber im Stande, die ganze Sache zu restituiren, so haftet er, gegen die Regel des strengen Rechts, in solidum, und Ulpian setzt ausdrücklich hinzu: „quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat" *). Mit welchem Grunde kann aber auf diesen speciellen Satz die allgemeine Regel gebaut werden, daß, „jeder von mehren Verpflichteten geben muß, „was er von den Gegenständen der Obligation „in Händen hat, sollte dies auch über seinen „Antheil hinausgehen" **)?

Damit eine theilbare Obligation, welche aber stricti iuris ist, in solidum werde, wird erfodert, wie bereits oben dargethan ist, daß darüber eine deutliche Erklärung erfolgt ist; dagegen tritt bei den ihrer Beschaffenheit nach theilbaren obligationes bonae fidei öfter schon ohne eine vorangegangene Erklärung, bloß wegen der zu berücksichtigenden Billigkeit, von

---

*) l. 3. §. 3. D. commodati (13, 6).

**) Schweppe a. a. O. — Daselbst finden sich noch einige dergleichen aus speciellen Fällen hergeleitete allgemeine Sätze.

selbst eine solidarische Verbindlichkeit ein. Und dies, scheint mir, der Inhalt der Worte Papinians in l. 9. pr. D. de duobus reis (45, 2) zu sein, wo es heißt: Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus: vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi: quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento: utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit, Titius et Maevius Sempronio decem dato. Bei der Stipulation, einer obligatio stricti iuris, sagt also Papinian, muß es aus den Worten hervorgehen, daß sie in solidum sein soll, bei den obligationes bonae fidei aber, von denen er mehrere aufzählt, kann eine solidarische Verbindlichkeit schon von selbst eintreten. Dies geht noch besonders daraus hervor, daß Papinian bei der obligatio ex testamento — die doch stricti iuris ist — hinzusetzt, daß aus ihr, wenn der Gegenstand theilbar ist, contra singulos in solidum nur dann geklagt wer-

den kann, wenn dies der Testator verordnet hat, z. B. durch die Worte: „Titius et Maevius Sempronio decem dato" *).

Ein weiteres Aufzählen solcher in den Quellen sich vorfindenden Entscheidungen, in welchen die Bestimmungen hinsichtlich der Theilbarkeit bei denjenigen Obligationen, welche nicht stricti iuris sind, von den bei den obligationes stricti iurts aufgestellten Grundsätzen abweichen, würde, da die Fälle der aequitas unendlich sind, zu keinem bestimmteren allgemeineren Resultat führen.

---

*) Nicht danto. — Faber coniectur. lib. XI, Cap. 19.

Berlin, gedruckt bei Conrad Feister, unter den Linden No. 23.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Rubo, Julius

Versuch einer Erklärung der Fragmente Lex II, III, IV, LXXXV Dig. de verborum obligationibus (45,1) Ueber die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen nach den Grundsätzen des römischen Rechts

Berlin 1822

J.rom.c. 281 b
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565845-6